U d'/of Ottawa
39003020768098

Louis Pandeen

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

III

HAVRE. — IMPRIMERIE DU COMMERCE, 3, RUE DE LA BOURSE.

(Don)

TRAITÉ
DU DOL ET DE LA FRAUDE
EN MATIÈRE
CIVILE & COMMERCIALE

PAR

J. BÉDARRIDE

Avocat près la Cour d'appel d'Aix, ancien Bâtonnier,
Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse,
Officier de la Légion d'Honneur.

REVU ET ANNOTÉ

PAR

H. F. RIVIÈRE

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

QUATRIÈME ÉDITION

TOME TROISIÈME

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

20, Rue Soufflot, 20

1887

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT
U. d'O.
U. of O.
LAW LIBRARY

KJV
2095
Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto
v. 3

http://www.archive.org/details/traitdudoletd03bd

TRAITÉ
DU DOL ET DE LA FRAUDE
EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

DE LA FRAUDE

CHAPITRE II

FRAUDE CONTRE LA PARTIE CONTRACTANTE

SECTION III.

Fraude dans la Vente et l'Échange.

SOMMAIRE.

937. La vente peut devenir un moyen ou une cause de fraude.
938. Elle peut servir à déguiser le prêt usuraire.
939. Ce que c'est que le contrat *mohatra*.
940. Fraude évidente qu'il renferme; absence de l'intention d'acheter.

941. Mais cette circonstance doit être connue de l'autre partie.
942. Rachat par le vendeur ou par une autre personne, exclut l'intention sérieuse de vendre.
943. L'action en fraude de la partie elle-même ne pourrait être repoussée.
944. Contrat pignoratif déguisé sous la forme d'une vente.
945. Appréciation de ses caractères sous l'empire du droit ancien.
946. Appréciation sous le code.
947. L'acte nul, comme contrat pignoratif, vaudra comme obligation.
948. L'appréciation de la nature de l'acte est abandonnée à la prudence du juge.
949. Fraude dans la délivrance de la chose vendue. — Abus de la jouissance.
950. Facilité de justifier cet abus, selon que la fraude a été commise *in committendo* ou *in omittendo*.
951. Retard dans la livraison, comme l'absence complète de toute livraison, peut constituer une fraude. — Actions qui en naissent.
952. L'art. 1610 ne distingue pas la faute de la fraude. — Motifs.
953. Faculté d'accorder un délai, atténue la rigueur de la règle.
954. Autre atténuation dans l'allocation des dommages-intérêts.
955. La faculté de proroger le terme de la livraison doit-elle être appliquée aux ventes commerciales.
956. Toute modification, faite à la chose vendue depuis la vente, constitue une fraude.
957. Conséquence quant aux meubles incorporés et aux capitaux attachés à l'exploitation.
958. Quant aux récoltes pendantes par racines et aux arbres radiqués.
959. La tromperie sur la nature de l'objet vendu est un délit.
960. La contrefaçon des marques de fabrique, l'usurpation du nom du fabricant, la fausse indication du lieu de la production, est assimilée à la tromperie sur la nature.

961. Caractère de la tromperie sur la qualité. — Conséquences.
962. Cas dans lequel la différence de la qualité entraînerait, même après la livraison, la résiliation de la vente.
963. La livraison d'une chose qu'on sait impropre à sa destination est une fraude. — Obligation qui en naît.
964. Nature de la tromperie sur la quantité.
965. Vente de la chose d'autrui. — Ses effets diffèrent selon que le vendeur a agi avec bonne ou mauvaise foi.
966. Effet de la fraude consistant à vendre deux fois le même objet.
967. Le second acquéreur pourra-t-il soutenir que la première vente est simulée ?
968. Distinction à faire pour la solution de cette question.
969. Fraudes de l'acquéreur. — Refus ou retard de prendre livraison. — Effets de l'un ou de l'autre.
970. Effet du retard dans le paiement.
971. La fraude des experts chargés de déterminer le prix de la vente peut-elle nuire ou profiter aux parties ?
972. La négative était enseignée en droit romain.
973. Dans notre ancien droit, Pothier enseigne la nullité de la vente. — Mais la validité en est soutenue par Despeisses.
974. C'est à l'opinion de celui-ci que s'est rangé M. Troplong.
975. Réfutation.
976. A quels caractères reconnaîtra-t-on la fraude.
977. Toutes dégradations volontaires, tant que le prix n'a pas été payé, constituent une fraude. — Droit qu'elles ouvriraient au vendeur.
978. Le vendeur non payé a le droit d'attaquer la revente opérée par son vendeur, comme faite en fraude de ses droits.
979. Les principes applicables à la vente s'appliquent également à l'échange.
980. La découverte que la chose donnée par le copermutant ne lui appartient pas, autorise l'autre à refuser la li-

vraison de la chose promise, si elle est encore entre ses mains.

981. Si l'échange a reçu sa complète exécution lors de cette découverte, l'échangiste pourra-t-il poursuivre la résolution avant même d'être troublé dans la possession de la chose reçue ?

982. Quels seraient, dans ce cas, les effets légaux de la rescision ?

983. La revendication serait-elle permise contre le tiers acquéreur.

984. La ratification du propriétaire n'empêcherait pas la rescision.

985. Mais elle influerait sur la détermination des dommages-intérêts.

986. Peut-on cumuler les dommages-intérêts et la reprise de la chose ?

987. L'appréciation de ceux-ci obéit aux dispositions des articles 1634, 1635 et 1641 du Code civil.

988. En qnoi doit consister le dédommagement, si l'échangiste opte pour une allocation pécuniaire, de préférence à la reprise en nature ?

989. Motifs qui ont fait admettre l'exclusion de l'action en lésion contre l'échange ?

990. Cette règle reçoit exception en matière de fraude.

991. Elle en reçoit une autre dans le cas où l'échange déguise une vente à vil prix.

992. A quels caractères reconnaîtra-t-on qu'il y a vente et non échange ?

993. Distinction à observer dans l'appréciation de la soulte.

937. — La vente ne peut réellement exister qu'autant qu'il y a eu chez les parties intention d'acheter et de vendre, consentement sur la chose et sur le prix. L'absence d'une de ces conditions ne permettrait pas de reconnaître une vente, quelle que fût l'apparence donnée par les parties au contrat. Alors, en effet, la qualification que l'acte

a reçue n'est qu'un mensonge couvrant une simulation destinée à tromper des tiers ou à éluder une loi prohibitive.

D'autres fois c'est bien une vente que les parties ont consentie, mais la fraude, excitée par un intérêt ultérieurement éveillé, se glisse dans l'exécution et en dénature les caractères et les conséquences.

La vente peut donc devenir un moyen ou une cause de fraude. C'est sous ce double aperçu que nous allons l'examiner.

938. — Comme moyen, soit de tromper les tiers, soit d'éluder la loi, la vente constitue une pure simulation. Nous aurons à l'examiner en nous occupant plus tard de celle-ci. La fraude dont nous nous occupons exclusivement dans ce moment étant celle d'une partie contre l'autre.

A ce dernier titre, la vente peut servir à déguiser une des fraudes les plus dangereuses, le prêt usuraire. Un prêteur avide ne pouvant stipuler des intérêts en dehors du taux légal, paraît vendre ou acheter, soit des objets mobiliers, soit un immeuble. Il ne fait en réalité, dans le premier cas, que l'acte que l'ancienne jurisprudence qualifiait de contrat *mohatra;* dans le second, qu'un contrat pignoratif.

939. — Ce qui constitue le contrat *mohatra,* c'est la livraison d'objets mobiliers immédiatement revendus par l'acquéreur à un prix inférieur à celui qu'il paraît en avoir donné, soit à son vendeur lui-même, soit à une personne interposée. Ce qui résulte de cette opération, c'est que l'achat étant contracté à crédit, l'acheteur reste débiteur du prix; qu'il ne reçoit cependant que les sommes prove-

nant de la revente au comptant, et qu'ainsi, pour une valeur de 100 fr., il se trouve avoir souscrit une obligation de 500 fr. [1]

940. — Il est évident dans ces circonstances que le désir de se procurer quelques fonds a été le seul mobile de l'acheteur. La simultanéité de l'achat et de la revente prouve suffisamment qu'il n'a jamais eu l'intention de se rendre sérieusement acquéreur; et, ce qui le démontre mieux encore, c'est que souvent la prétendue vente porte sur des objets sans valeur réelle pour celui qui est censé les recevoir. C'est un fils de famille étranger au commerce à qui on vend une pacotille de vieilles marchandises, une batterie de cuisine, un chameau même, car les usuriers, dans les grandes villes, disposent un peu de tout.

Ainsi, de la part de l'acheteur, l'intention d'acquérir n'a jamais existé. Il n'y a même le plus souvent, par rapport

* 1 Pothier définit le contrat *mohatra* de la manière suivante : « c'est un contrat par lequel vous me vendez une chose à crédit que je revends au comptant incontinent ou très peu après à vous-même, ou à une personne par vous interposée, pour une somme moindre que le prix pour lequel vous me l'avez vendue, dont je reste envers vous le débiteur. »

Pothier ajoute : « Il est évident que dans ce contrat, nous n'avons pas eu une véritable volonté de vendre ni d'acheter, mais plutôt de déguiser sous une fausse apparence de contrat de vente, le prêt usuraire que vous me faites de la somme d'argent que vous m'avez comptée : c'est pourquoi si vous me demandez le prix que je me suis obligé de vous payer par le prétendu contrat de vente de la chose que je vous ai revendue au comptant, je serai admis à soutenir que sans avoir égard à ce contrat qui sera déclaré nul et simulé, je dois avoir congé de votre demande, en vous payant seulement la somme d'argent que j'ai reçue de vous. » (*Vente*, n° 38. — *Voy.* aussi *Du prêt de consomption*, n° 88.)

à lui, aucun objet pouvant faire sérieusement la matière du contrat. Il ne peut donc, pour lui, exister un lien de la nature de celui qu'on a voulu lui imposer. C'est un prêt et non une vente qu'il a évidemment signé.

L'exécution donnée à l'acte l'indiquerait au besoin suffisamment. On ne peut, en effet, admettre qu'il y a eu achat sérieux, lorsqu'on voit l'acheteur revendre immédiatement ce qu'il vient d'acquérir sans aucune nécessité, sans nul besoin. Voilà pourquoi la revente est de l'essence du contrat que nous examinons. Car si l'acheteur, ayant pris livraison réelle et effective, a gardé les objets en sa possession pendant un temps plus ou moins long, la revente à perte qu'il en aurait réalisée plus tard, ne se liant plus intimément à l'achat, ne pourrait seule faire suspecter le caractère de celui-ci.

941. — Mais ce n'est pas tout que l'absence de l'intention d'acheter chez une des parties, il faut encore que l'autre ait connu cette circonstance au moment où elle traitait. Or, cette connaissance résulterait, contre le vendeur, de ce qu'il aurait coopéré à la revente, en rachetant lui-même ou en faisant racheter dans son intérêt par une personne interposée. Cette conduite ferait donc de plein droit admettre la fraude avec toutes ses conséquences.

942. — Le rachat par le prétendu vendeur est sans doute une circonstance considérable. Cependant l'absence de cette condition ne serait pas de nature à exclure toute idée de fraude de sa part, si d'ailleurs il est démontré qu'il n'a pu ignorer que la revente était la conséquence orcée de l'achat. S'il suffisait, en effet, pour que le

titre fût, par rapport à lui, considéré comme légitime, qu'il fût resté étranger à cette revente, l'usure la plus effrénée prendrait bientôt sa place dans un grand nombre de transactions, certaine qu'elle serait de sortir triomphante des plaintes qu'elle pourrait exciter.

Il importerait donc peu que le vendeur n'eût pas racheté lui-même personnellement ou par personne interposée. Dès que de lui au prétendu acquéreur il s'est agi d'un prêt; que ce n'est qu'en vue de ce prêt que des objets mobiliers ont été livrés, il n'a pu ignorer qu'il ne pouvait s'agir de la possession de ces objets; que ce n'est que pour les revendre à tout prix que l'acheteur les a acceptés; il s'est donc, en traitant dans ces conditions, rendu coupable d'une fraude que la prétendue vente a pour objet de déguiser, la peine qu'il a dès lors encourue doit être appliquée sans hésitation. L'acte doit être en conséquence ramené à ses véritables termes. C'est un prêt, et tout ce qui doit être restitué, c'est la valeur réellement reçue par l'emprunteur, augmentée des intérêts légaux.

Au reste, dans une appréciation de cette nature, les antécédents et la position respective des parties sont de nature à exercer la plus grave influence. Ainsi l'habitude de l'usure d'une part, de l'autre une éducation éloignant toute idée de trafic, étrangère à toute opération commerciale, fixerait la portée d'une vente dont la légitimité exigerait l'usage de l'un ou de l'autre.

943. — Contre une pareille vente, le reproche de fraude est toujours admissible même par la partie qui y a concouru. Vainement voudrait-on exciper de la règle *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. L'usure est

prohibée par la loi. Sa répression intéresse l'ordre public. On ne peut donc renoncer, et moins encore se rendre non-recevable à s'en prévaloir. Comme conséquence de ce principe, celui qui se plaint d'en avoir été victime est autorisé à le prouver non seulement par témoins, mais encore par de simples présomptions.

L'appréciation de la pertinence de la preuve, ses conséquences par rapport à l'acte attaqué, sont laissées à l'arbitrage souverain des magistrats. La décision par laquelle il est déclaré en fait qu'une vente d'effets mobiliers constitue un prêt usuraire déguisé, échappe à la censure de la Cour de cassation [1].

La vente d'objets mobiliers imposée comme condition du prêt d'une somme d'argent n'est pas en réalité une vente et doit être annulée. La Cour de Paris l'a ainsi jugé dans l'hypothèse suivante :

« Par acte sous seing privé du 18 octobre 1833, déposé plus tard aux écritures de Me Maréchal, notaire à Paris, la princesse de La Paix s'était reconnue débitrice envers le sieur Gaumont, commis et prête-nom du sieur Darroc, ancien tapissier, d'une somme de 110,000 fr. dont la cause n'était pas exprimée audit acte, et qu'elle s'était obligée d'acquitter en six paiements, les cinq premiers de 20,000 fr. et le dernier de 10,000 fr., avec stipulation qu'elle souscrirait à l'ordre de Gaumont six billets à ordre pour ladite somme de 110,000 fr., en nantissement de laquelle elle avait donné une galerie de tableaux dont l'état avait été annexé audit acte.

« Les six billets à ordre avaient été souscrits par la princesse de La Paix, et elle avait acquitté le premier.

[1] Cass., 21 août 1829 ; — D. P., 29, 1, 343.

Mais elle s'était refusée à payer les autres, sur le motif qu'il ne lui avait été prêté que 30,000 fr. En sorte qu'elle ne devait plus que 10,000 fr. qu'elle offrait de payer.

« Jugement qui accueille sa prétention. Appel, et le 7 février 1835 arrêt de la Cour qui statue en ces termes :

« Considérant qu'il résulte des faits et circonstances de la cause et des documents du procès, que sur les 110,000 fr. montant de l'obligation souscrite par la princesse de la Paix, cette dernière n'a reçu réellement qu'une somme de 30,000 fr. ; que le surplus desdits 110,000 fr. se compose du prix donné par le prêteur lui-même à une quantité de meubles restés dans ses magasins et mis à la disposition de la princesse de La Paix, laquelle devait les faire vendre à ses risques et périls, pour le prix en être remis à Gaumont en déduction de sa créance ; que cette obligation imposée à la princesse de La Paix était la condition expresse du prêt de 30,000 fr. ; que ce n'était donc point une vente sérieuse et à prix débattu, mais seulement un moyen d'obtenir et de dissimuler les intérêts usuraires que Gaumont voulait tirer des 30,000 fr. précités. »

En conséquence la Cour réduit la créance à 30,000 francs avec intérêts légaux, annule les billets souscrits et en ordonne la restitution, annule également toutes conventions intervenues entre les parties relativement aux meubles en question[1].

[1] *J. du P.*, à sa date ; — *V.* Paris, 27 novembre 1844 ; — *J. du P.*, 44, 2, 583.

944. — La vente des choses mobilières n'a pas seule le privilège de déguiser un contrat de prêt usuraire. L'aliénation d'un immeuble peut n'avoir que cet objet. La vente prétendue n'est alors qu'un contrat pignoratif que l'existence de l'usure peut faire annuler[1].

Donner en gage un immeuble soit par antichrèse, soit sous la forme d'une vente, n'a rien en soi d'illicite, lorsque, fidèles à la pensée qui a dicté le contrat, les parties se conforment dans l'exécution à son véritable caractère.

Mais l'antichrèse se prête peu à déguiser l'usure. Les loyers perçus, rapprochés des sommes à payer, indiquent d'une manière précise le taux auquel les intérêts ont été exigés. Il n'en est pas de même du contrat pignoratif; par l'apparence du contrat, le prêteur est en possession des immeubles, et si, le délai du réméré expiré, il prétend se les approprier définitivement, il peut ainsi consommer l'usure la plus effrénée.

L'attention des magistrats ne doit donc point se laisser distraire par la couleur donnée à l'acte, elle doit se porter avec soin sur la véritable intention des parties, et saisir les véritables caractères de la convention.

945. — Les éléments de cette appréciation avaient été déterminés par la jurisprudence ancienne, alors que la nature réelle de l'acte avait, sur sa validité, la plus haute, la plus décisive influence. A cette époque, en effet, la législation civile, se conformant au précepte du droit

[1] Cass., 15 juin 1821. * — *Voyez* sur le contrat pignoratif, Merlin, *Rép.* v°. pignoratif (contrat) et *Quest. de dr.* v°. contrat pignoratif; Troplong, *Vente*, II, 695; *Encyclopédie du droit* de Sebire et Carteret, v°. contrat pignoratif.

canonique, prohibait, d'une manière absolue, le prêt à intérêt sans aliénation du capital, et la connaissance des cas d'usure était abandonnée aux tribunaux ecclésiastiques. Cette prohibition, plus conforme au mysticisme religieux qu'aux franches notions de l'équité et de la justice, n'avait abouti qu'à produire des efforts successivement tentés pour l'éluder. C'est à ce titre qu'on avait d'abord recouru à l'antichrèse, bientôt déclarée illégitime.

Les créanciers, n'osant plus accepter des immeubles en gage avec pacte d'en percevoir les fruits pour leurs intérêts, imaginèrent de les acheter avec faculté pour les vendeurs de les reprendre dans un délai déterminé, et, comme aux termes du droit romain [1], la chose donnée en gage pouvait être louée par le créancier à son débiteur, ils relouèrent à leurs vendeurs les fonds que ceux-ci leur avaient vendus. Ces contrats furent nommés pignoratifs, parce que la vente qui y était stipulée n'était véritablement qu'une impignoration ou engagement [2].

L'effet de ce contrat ne fut pas de transférer la propriété sur la tête de l'acquéreur ; celui-ci, à l'expiration du délai fixé pour le rachat, prorogeait la faculté de l'opérer et la relocation. Dans le cas contraire, il faisait saisir et vendre les immeubles, après commandement de payer le capital et les arrérages qualifiés de loyers.

Mais c'était là un nouveau moyen d'éluder la prohibition de la loi, à l'égard du prêt à intérêt, et de retirer de son capital un profit que l'aliénation seule de ce capital pouvait autoriser. En conséquence, un arrêt du Par-

[1] L. 37, Dig, *De adqu,* et *amit,* poss ; — L 37, Dig *De pignoratitia actione.*

[2] Lecamus, *Traité des intérêts,* p. 348.

lement de Paris, du 29 juillet 1572, déclara ces contrats nuls et usuraires, défendant d'en passer aucun à l'avenir, sous peine de confiscation et d'amende.

Cette jurisprudence ne servit qu'à aggraver la position des débiteurs. Le contrat pignoratif ne cessa pas d'être pratiqué, seulement, dans le but d'éviter la peine qui les menaçait, les acquéreurs soutinrent que le contrat renfermait une vente sérieuse et réelle, en force de laquelle ils conservaient la possession définitive de l'immeuble, faute par le débiteur d'avoir usé de la faculté de racheter dans le délai stipulé.

De là, de nombreux litiges sur le véritable caractère de l'acte. En effet, si le créancier avait intérêt à le faire considérer comme une vente, le débiteur n'avait pas un intérêt moindre à le faire déclarer un contrat pignoratif, car, maintenu dans le premier cas, il était annulé dans le second. On s'appliqua dès lors à la recherche des caractères auxquels on devait reconnaître le contrat pignoratif, et à préparer ainsi les éléments de la solution que la difficulté devait recevoir. Ces caractères furent : 1° la vileté du prix; 2° la faculté de rachat; 3° la relocation au vendeur.

Prise isolément, chacune de ces circonstances ne pouvait paraître exclusive d'une vente réelle, mais leur réunion avait été considérée comme constitutive de l'impignoration. Cette doctrine, professée par tous les auteurs, avait été formellement consacrée par la jurisprudence.

Le décret du 2 octobre 1798 ayant permis le prêt à intérêt avec ou sans aliénation du capital, le contrat pignoratif devint parfaitement licite, à la charge toute fois de ne pas favoriser une spoliation usuraire. Cette dernière condition cessa même de devenir un obstacle

lorsque la loi du 11 avril 1793, proclamant l'argent marchandise, chacun put stipuler l'intérêt qu'il lui plaisait exiger.

Il est vrai que l'effet de cette loi fut d'abord suspendu par des lois subséquentes et plus tard anéanti par le Code civil. Mais ce n'est que par la loi de septembrs 1807 que le taux de l'intérêt, soit conventionnel soit légal, a été fixé.

946. — L'admission par le Code civil du prêt à intérêt autorise aujourd'hui l'antichrèse et le contrat pignoratif. Mais le désir d'éluder la loi de 1807 peut rendre ce dernier un instrument d'usure; dans ce cas, mais dans ce cas seulement, la loi a dû le proscrire. La difficulté réside donc tout entière encore dans la détermination du caractère de l'acte, lorsque les parties ont adopté la forme de la vente; ce caratère posé, la question de savoir s'il y a usure ne constitue plus qu'une opération arithmétique.

La difficulté est donc, quoique sous un aperçu différent, ce qu'elle était sous l'empire de notre ancienne législation. La règle alors suivie devient conséquemment parfaitement applicable. On reconnaîtra le contrat pignoratif si la prétendue vente renferme les trois caractères ci-dessus indiqués, à savoir: la vileté du prix, la faculté de rachat, la relocacion [1].

[1] V. *infra* sect. 6, nos 1174 et suiv. — * Le concours des trois circonstances énoncées au texte n'est cependant pas indispensable pour qu'un contrat de vente puisse être déclaré pignoratif. — D'un autre côté, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la réunion de plusieurs de ces circonstances n'obligerait pas les tribunaux à déclarer l'existence d'une simple impignoration.—*Voy.* Civ. cass. 6 frim. an VIII; Civ. rej. 24 fruct. an VIII ; 23 déc. 1845, Sir. 46, I, 732; 22 avril 1846, Sir. 46, I, 639.

947. — L'acte déclaré contrat pignoratif sera nul comme vente, valable comme obligation jusqu'à concurrence du capital prêté et des intérêts légaux. Toute usure disparaîtra dès lors au moyen de l'imputation des sommes reçues sur ces intérêts, et subsidiairement sur le capital, dont le solde sera ainsi parfaitement déterminé.

948. — C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement l'exception proposée par le débiteur et les moyens que le créancier fait valoir. Aux éléments matériels qui précèdent, vient se joindre un élément moral que l'ancienne jurisprudence n'avait pas négligé, à savoir : les antécédents de ce créancier. L'habitude d'usure, *consuetudo fœnerandi*, établie contre lui ferait facilement présumer la vérité du reproche qui lui serait adressé dans cette circonstance[1].

Ce droit des tribunaux a été contesté. L'acte authentique, a-t-on dit, fait foi par lui-même; on ne peut donc le modifier, à l'aide de présomptions plus ou moins significatives, sans violer l'art. 1341 du Code Napoléon qui défend de prouver outre et hors le contenu en l'acte écrit.

D'ailleurs, ajoutait-on, si la vente est entachée d'usure, tout ce que peuvent les magistrats c'est, non de l'annuler, mais seulement d'ordonner la restitution de ce qui aurait été indûment retenu.

Ces prétentions n'avaient aucun fondement. L'acte querelé de simulation et revêtant de la forme d'une vente un prêt usuraire, consomme une fraude contre une loi d'ordre public. En pareille matière, la preuve testimo-

[1] V. *infra* ch. 2, sect. 6.

niale étant de droit entraîne la recevabilité de celle par présomptions.

Cette preuve acquise, l'acte, quelle qu'en soit la forme, ne saurait être maintenu. *Colorem habet substantiam vero nullam.* Il n'est plus que l'instrument de la fraude, que l'élément de l'usure : il doit donc disparaître.

C'est dès lors fort juridiquement que la Cour de Riom jugeait, le 20 mars 1822, que la question de savoir si un contrat de vente est simulé, et si en réalité c'est un prêt usuraire déguisé, est une question d'intention soumise à la conscience des juges, d'après l'art. 1154 du Code Napoléon; que ce n'est point le cas d'appliquer les articles du Code qui assurent tout effet aux actes écrits, et défendent d'admettre des présomptions contraires [1].

949. — L'exécution d'une vente sincère et légitime dans son principe peut devenir une occasion de fraude. C'est ce qui se réalise, lorsqu'une des parties tente de se soustraire aux obligations qu'elle s'est imposée soit pour la délivrance, soit pour l'acceptation et le paiement du prix.

Le devoir, pour le vendeur, de délivrer la chose vendue implique nécessairement celui de veiller jusque-là à sa conservation. Conséquemment, s'il abuse de la jouissance qui lui a été laissée, si, loin d'y apporter les soins et la vigilance d'un bon père de famille, il la délaisse et l'abandonne, il se rend coupable d'une fraude l'obligeant à réparer le préjudice en résultant.

950. — Les torts du vendeur sont facilement appré-

[1] *J. du P.*, à sa date.

ciables, lorsque la fraude résulte d'un fait positif, *in committendo*. Un individu vend un cheval ou un immeuble livrable à une époque déterminée; dans l'intervalle de la vente à la livraison, il soumet ce cheval à un travail forcé ou lui refuse la nourriture nécessaire; il dégrade volontairement l'immeuble, laisse des tiers abattre des murailles, enlève ou permet d'enlever les portes ou les fenêtres. On n'hésitera pas à le rendre responsable de tous ces faits qui pourront, suivant les circonstances, se résoudre en des dommages-intérêts ou même autoriser la résiliation de la vente. La preuve des faits matériels est par elle-même démonstrative de la fraude, et cette fraude équivalant au dol, l'étendue des dommages-intérêts se détermine par les règles que nous avons exposées en traitant de celui-ci. [1]

Il y aurait plus de difficultés dans le cas où le reproche de fraude est fondé sur un fait négatif, *in omittendo*. L'appréciation ne porte plus alors sur les conséquences d'un fait matériel convenu ou établi, c'est l'existence de ce fait, c'est le degré d'imputabilité qu'il s'agit de déterminer. A cet égard, il importe de rappeler que les tribunaux sont appréciateurs souverains de l'un et de l'autre. Ce qu'ils ne doivent jamais perdre de vue, c'est que la négligence, poussée jusqu'à de certaines limites, atteint aux proportions du dol, qu'elle en produit tous les effets, qu'elle doit aussi en produire les conséquences : *Dissoluta négligentia prope dolum est.*

951. — Ce n'est pas tout de conserver la chose, il faut encore la livrer au terme convenu. Le retard ou l'impos-

[1] V. *supra* nos 307 et suiv.

sibilité d'opérer cette livraison constitue une fraude, si l'un ou l'autre n'est que la conséquence d'un fait volontairement réalisé par le vendeur. Le défaut de livraison, le retard même donne ouverture à l'action en délivrance ou en résiliation avec dommages-intérêts, s'il est résulté un préjudice de l'un ou de l'autre.

952. — L'art. 1610 du Code civil, quant à cette double action, ne distingue même pas entre la fraude et la simple faute. Il suffit que l'inexécution se soit réalisée; qu'elle ait déterminé pour l'acheteur un préjudice quelconque pour que le droit qu'il consacre soit ouvert. On ne saurait qu'approuver le parti auquel s'est arrêté le législateur, car toute distinction à cet égard ne pouvait que créer une multitude de difficultés et entraver la justice elle-même. D'ailleurs, en pareille matière on peut répéter, avec le droit romain : *Fraus non in consilio, sed in eventu.* Qu'importe, en effet, la bonne foi du vendeur, si, en définitive, en ne s'exécutant pas, il a causé à l'acheteur un préjudice exactement semblable à celui que la mauvaise foi aurait pu causer.

Ajoutons que la nuance qui sépare la bonne foi de la fraude est souvent imperceptible, surtout en matière commerciale. La hausse ou la baisse survenue depuis le marché joue trop souvent le plus grand rôle dans les difficultés que la délivrance fait éclore. Il était donc prudent de les prévenir en ne s'arrêtant qu'au fait matériel du défaut de livraison au terme convenu [1].

* [1] Lorsque le vendeur n'a pu, par suite d'un cas fortuit ou de force majeure, faire la délivrance à l'époque convenue, le retard ne peut, en thèse générale, donner lieu à la résolution de la vente,

953. — Au reste, le législateur a fait la part de l'équité en permettant aux juges d'accorder un délai pour opérer la livraison [1]. Cette faculté, ils pourront en user lorsque la bonne foi du vendeur sera établie. Ils ne croiront jamais devoir y recourir lorsque la fraude aura seule déterminé le retard. Cette latitude, laissée à leur justice, atténue donc singulièrement la sévérité du principe de l'art. 1610.

954. — Nous retrouvons une atténuation non moins importante dans la fixation du chiffre des dommages-intérêts. Là encore la bonne foi se distingue de la fraude, car, dans le premier cas, les seuls dommages qu'on puisse accorder sont ceux prévus au moment du contrat *promptet rem ipsam non habitam*. La fraude, au contraire, mettrait à la charge du vendeur tout le préjudice directement imputable à l'inexécution.

Ainsi, la distinction que la loi n'admet pas en principe entre la simple faute et la fraude, se retrouve dans les conséquences que chacune d'elles doit entraîner. La faute commise de bonne foi fait ce que la fraude exclut positivement, à savoir : proroger le délai de la livraison, modérer dans tous les cas les dommages-intérêts.

955. — La doctrine et la jurisprudence ont admis l'application de l'art, 1184 du Code civil aux ventes commerciales. Mais c'est surtout dans cette matière qu'on doit se prescrire une extrême prudence dans l'usage de la faculté de proroger le délai de la livraison. L'esprit du

ni même à une action en dommages-intérêts (art. 1148 et 1302 C. civ. — Troplong, I, 294; Duvergier, I, 265 ; Civ. rej. 8 oct. 1807.

[1] Art. 1184 C. civ. *Junge* civ. rej. 15 avril 1845, Sir. 45, I .345.

législateur ne nous paraît pas comporter, quant à ce, l'ombre du doute. Cet usage n'est réellement admissible que lorsque la prorogation du délai est démontrée ne pouvoir entraîner aucun inconvénient réel pour l'acheteur.

Cela se rencontrera fréquemment dans les ventes ordinaires de meubles destinés à être jouis par celui qui les achète. Le retard que cette jouissance peut éprouver n'aura pas, à tout prendre, de bien graves inconvénients. On comprend, dès lors, que la bonne foi du vendeur en retard de livrer prévale sur la rigueur du droit.

Mais il en est autrement dans les transactions commerciales. Celui qui n'achète que pour revendre, qui souvent même a revendu immédiatement après avoir acheté, a le plus grand intérêt à recevoir les marchandises au jour indiqué, soit pour profiter du cours avantageux à cette époque, soit pour livrer lui-même à son acheteur. Tout retard peut devenir un véritable danger, car une marchandise admirablement tenue aujourd'hui peut subir dans les vingt-quatre heures une telle fluctuation, qu'au lieu du gain assuré que l'acheteur eût réalisé, s'il eût reçu la veille, c'est une perte sur le prix d'achat que la réception opérée le lendemain lui imposera. Dans de pareilles circonstances, il est évident que toute faveur pour l'un deviendrait une iniquité pour l'autre, et cela suffit et au delà pour que les tribunaux s'abstiennent d'user de la faculté que la loi leur laisse [1].

[1] Selon l'usage commercial, l'acheteur a le droit *de se remplacer*, en d'autres termes, d'acheter, aux frais du vendeur, une quantité de marchandises égale à celle qu'il était obligé de livrer. Si le prix de cet achat excède le prix du premier achat, l'acheteur se fait payer la différence.

956. — C'est la chose vendue telle qu'elle existait au moment du contrat, telle qu'elle a été promise, qui doit être livrée. Toute modification, toute tromperie sur la nature, la qualité ou la quantité constitue une fraude pouvant servir de fondement à l'action de l'acheteur.

957. — Ainsi, la vente d'un immeuble comprend virtuellement les meubles incorporés, les capitaux attachés à l'exploitation. Le vendeur ne peut donc, à moins de réserves expresses, enlever les uns ou les autres. Il importait peu que cet enlèvement eût été réalisé avant la rédaction de l'acte, s'il l'avait été depuis la conclusion du marché ou même depuis la visite des lieux, l'existence de ces meubles et capitaux, connue de l'acquéreur, entre dans les éléments sur lesquels il établit le prix qu'il doit offrir. On ne pourrait donc, sans altérer son appréciation, les enlever à son insu et sans son adhésion.

Le vendeur ne pourrait, pour justifier l'enlèvement, exciper du silence de l'acte. L'acquisition de l'immeuble entraîne celle de tout ce qui s'y est uni ou incorporé. On n'a nul besoin d'énoncer un fait que le droit commun crée et admet; on n'a à s'occuper des meubles incorporés et des capitaux que si les parties ont voulu les distraire de la vente.

Cette intention ne se présume jamais. Conséquemment, si l'acte est muet, l'enlèvement qui l'a précédé, accompagné ou suivi est nécessairement frauduleux. Le vendeur serait donc contraint de les rétablir ou d'en payer la valeur. Vainement prétendrait-il qu'il a été autorisé à en disposer. C'est là un fait qu'il ne saurait prouver autrement que par écrit, car il tend à affaiblir l'autorité

d'un titre contre lequel l'art. 1341 proscrit toute preuve testimoniale.

Mais si l'acquéreur se plaint de l'enlèvement, s'il demande et obtient de l'établir par témoins, ce qui est toujours admissible, la preuve contraire étant de droit, le vendeur pourra, par la même voie, justifier que, conséquence d'une réserve formellement convenue, l'enlèvement a été fait au vu et su de l'acquéreur et sans opposition de sa part. Cette preuve rendrait la réclamation ultérieure de celui-ci non-recevable et mal fondée.

958. — Les récoltes pendantes par racines, les arbres radiqués sur la propriété au moment de la vente rentrent dans la catégorie des meubles et capitaux incorporés. Les règles applicables à ceux-ci doivent donc les régir. L'enlèvement des unes, la coupe des autres, soumises aux mêmes principes, produirait les mêmes conséquences.

959. — La tromperie sur la nature de l'objet vendu constitue plus qu'une simple fraude, c'est un véritable délit prévu et puni correctionnellement par la loi [1].

Ainsi, celui qui a vendu de l'or ou de l'argent, et qui livre du cuivre ou de l'étain est non seulement passible de l'action en résolution de l'acheteur, mais encore de la poursuite du ministère public. Il en est de même de celui qui, vendant une marchandise d'une nature déterminée, en livre réellement une autre. Par exemple, une liqueur fabriquée pour du vin, de l'huile

[1] Art. 423 du Code pénal.

de graine pour de l'huile d'olive, du seigle pour du blé, etc.....

960. — Aux termes de la loi du 28 juillet 1824, la contrefaçon des marques de fabriques, l'usurpation du nom du fabricant, la fausse indication du lieu de la production, est assimilée à la tromperie sur la nature de la marchandise. La découverte par l'acheteur de la fraude pratiquée à son encontre l'autoriserait soit à refuser la livraison qui lui serait offerte, soit à demander, après la livraison, la résiliation de la vente et la restitution du prix. Cette demande serait compétemment déférée au tribunal correctionnel saisi de l'action en répression.

961. — La tromperie sur la qualité est sans doute blâmable aux yeux de la morale, mais elle n'est pas considérée communément comme un moyen de revenir contre la vente. C'est principalement dans la vente des choses mobilières qu'on peut dire, avec le jurisconsulte romain : *Naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.* Le vendeur, à l'en croire, vend toujours ce qu'il y a de meilleur au monde, chacun sait cela. Mais on ne doit l'admettre qu'après s'en être assuré. L'acheteur qui ne prend aucune précaution, qui ajoute une foi trop aveugle à des allégations intéressées se trompe lui-même autant qu'il est trompé. La faute étant commune, la responsabilité ne peut appartenir à un seul.

Cependant la tromperie sur la qualité peut, dans maintes circonstances, entraîner la résiliation de la vente avec dommages-intérêts. Nul, en effet, ne peut être contraint d'accepter une marchandise d'une qualité autre que

celle qu'il a entendu acheter, qu'on a entendu lui vendre[1]. Ainsi, si j'achète des amandes de l'année ou des grains du pays, on ne pourrait me livrer des amandes vieilles ou des grains d'une provenance étrangère. Le refus que je ferais de les accepter serait sanctionné par les tribunaux. Dès lors, le vendeur, n'ayant pas rempli ses obligations, devrait réparer le préjudice résultant de l'inexécution.

Mais l'exception de non conformité doit être opposée avant l'acceptation. La livraison réalisée, tout est consommé et la différence de qualité ne serait plus proposable.

962. — Il est cependant une hypothèse où la différence de la qualité entraînerait la résiliation même après livraison, mais cela ne pourrait avoir lieu qu'aux deux conditions suivantes :

1° La qualité, sur laquelle on a été trompé, doit avoir été la cause déterminante du contrat, à tel point que, sans l'engagement du vendeur à cet égard, l'achat n'aurait point été contracté. Dans ce cas, la fraude attaque le contrat dans son essence, vicie le consentement lui-même, il n'existe plus aucun lien obligatoire ;

2° L'acceptation par l'acquéreur de l'objet livré ne doit avoir été déterminée que par la garantie formelle donnée

[1] Le vendeur est tenu de délivrer des marchandises de la qualité convenue. S'il n'y a pas de convention expresse, les marchandises doivent être *de qualité marchande* ou *de recette*. — Si la vente est faite sur échantillon, le défaut de conformité de la marchandise livrée avec l'échantillon peut donner lieu à la résolution de la vente (art. 1184 C. civ.), pourvu cependant que la différence ne soit pas insignifiante. (*Voy.* Req. 1er déc. 1875, D. 1876, 1, 450).

par le vendeur de l'existence de la qualité requise. Cette garantie est décisive, car elle a pour effet naturel d'empêcher les investigations qu'une simple allégation commanderait. Dès lors, si le fait garanti n'existe pas, l'obligation résultant de la garantie doit sortir à effet, et cet effet ne peut être que la résiliation de la vente, avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

C'est surtout pour les objets d'art, dont la valeur dépend bien souvent du maître auquel on les attribue, que la tromperie sur la qualité peut offrir les conditions que nous venons d'énoncer et entraîner la résolution du contrat. Ainsi, il a été jugé que l'erreur de l'acheteur d'un tablean sur le nom de l'auteur, emporte la résolution de la vente, lorsqu'il est établi, d'une part, que le vendeur a surpris le consentement de l'acheteur en lui garantissant faussement la sincérité de l'origine attribuée au tableau vendu, et que, d'autre part, c'est en considération de cette origine que l'acquisition a eu lieu [1].

963. — Le vendeur, qui livre une chose qu'il sait impropre à sa destination, commet une fraude qui l'oblige à réparer le préjudice souffert par l'acheteur. Nous avons déjà dit que si le vice caché était ignoré du vendeur, sa garantie n'est engagée que pour le dommage éprouvé quant à la chose elle-même; s'il connaissait ce vice et qu'il l'ait dissimulé, c'est le dommage souffert par l'acheteur sur ses autres biens qu'il est tenu de supporter [2].

964. — La tromperie sur la quantité est un délit, lorsqu'elle résulte de l'usage de faux poids ou de fausses

[1] Douai, 27 mai 1846 ; — D. P., 46, I, 509.
[2] V. *supra* n° 307.

mesures. Délit ou simplement erreur, l'acheteur qui en est victime a le droit d'exiger le complément qui lui est dû ou de ne payer que ce qu'il a réellement reçu.

965. — A l'obligation de livrer que prend le vendeur, se joint celle de faire jouir l'acquéreur de la chose vendue, après lui en avoir transféré la propriété. Celui qui vend la chose d'autrui s'expose à ne pouvoir remplir ni l'une ni l'autre de ces obligations.

Les conséquences d'un acte de ce genre diffèrent selon que le vendeur a été de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, il n'est obligé que dans les proportions déterminées par l'art. 1634 du Code civil.

Mais celui qui vend sciemment la chose d'autrui commet une fraude tant à l'égard du véritable propriétaire, qu'à l'égard de l'acquéreur, il doit donc être tenu de les indemniser l'un et l'autre. Cette indemnité doit, pour le propriétaire, consister au remboursement de tous les frais que l'acte a pu lui occasionner, celle due à l'acquéreur est réglée par l'art. 1635. Toute indulgence, en pareille matière, serait contraire à l'esprit de la loi; il faut bien se garder, en effet, de paraître encourager des entreprises aussi condamnables, aussi dangereuses pour l'ordre social.

966. — Il est une fraude plus condamnable encore, si c'est possible, c'est celle consistant à vendre deux fois la même chose. C'est là, en effet, un véritable vol contre l'un des deux acquéreurs, puisqu'il est impossible qu'ils reçoivent tous les deux l'objet qui leur a été cependant vendu.

Nous n'avons pas à rechercher les causes de préférence

d'une vente sur l'autre, le rang d'antériorité qui doit leur être assigné soit qu'il s'agisse d'un meuble, soit qu'il s'agisse d'une chose immobilière. Ces questions appartiennent à une matière autre que celle dont nous devons exclusivement nous occuper. Ce que nous devons rechercher, c'est l'effet que la double vente produit vis-à-vis des acquéreurs soit contre le vendeur, soit contre chacun d'eux.

D'abord, et par rapport au vendeur, aucun doute ne saurait jamais s'élever. L'acte qu'il s'est permis est une fraude insigne contre les deux acquéreurs. Ils ont donc l'un et l'autre le droit incontestable de poursuivre la réparation du préjudice que cette fraude est dans le cas de leur occasionner.

967. — La seconde vente n'est en général susceptible de sortir à effet que si le vendeur n'avait pas antérieurement aliéné ce qui en fait la matière. Le second acquéreur a le plus grand intérêt à ce qu'il en soit ainsi. Pourra-t-il dès lors soutenir que la première vente n'est qu'apparente et ne constitue qu'une simulation; que conséquemment le vendeur ayant conservé la propriété de la chose a pu valablement la lui transmettre?

Cette faculté a été contestée. La prétention du second acquéreur, a-t-on dit, ne tend à rien moins qu'à faire considérer la première vente comme faite en fraude de ses droits. Or, pour qu'on puisse recourir au remède prescrit par l'art. 1167, il faut, de toute nécessité, que le droit, qu'on prétend frauduleusement éludé, ait préexisté à la consommation de la fraude. Dans l'hypothèse cette condition est impossible, puisque le droit du second acquéreur n'a été acquis que postérieurement à l'acte attaqué. Com-

ment donc admettre que cet acte n'ait été réalisé qu'en fraude d'un droit qui n'était pas même né.

968. — Nous ne pouvons admettre cette doctrine dans le sens absolu qu'on lui prête. A notre avis, une distinction est essentielle pour l'exacte appréciation de la question que nous examinons.

Si le vendeur avait été laissé en possession lors de la première vente, et que cette possession ait été transmise au second acquéreur, celui-ci sera nécessairemeut défendeur dans l'instance en revendication que le précédent acquéreur sera dans le cas d'intenter ; comme tel, il sera autorisé à discuter la légitimité du titre qu'on lui oppose et qui ne pourra sortir à effet que s'il est déclaré sérieux et sincère. Cette discussion comporte nécessairement l'exception de simulation et de la fraude avec d'autant plus de raison que le fait lui-même vient lui assurer un appui incontestable.

Il n'est pas, en effet, naturel que celui qui a réellement acquis ne se mette pas en possession des choses qui lui ont été aliénées. Ce défaut de prise de possession rend suspect le caractère de l'acte, il constitue dans tous les cas une faute grave, ayant favorisé la fraude dont le second acquéreur est victime, et facilité le piège tendu à sa bonne foi. Il est donc équitable de permettre à celui-ci de prouver que l'acte qu'on lui oppose n'a rien de réel, et que la demande à laquelle il résiste n'est elle-même qu'une fraude entée sur une simulation.

Le fait de la possession par le vendeur, au moment de la seconde vente, est donc décisif. Mais il le serait beaucoup moins, s'il était expliqué par la première vente de manière à exclure toute idée de faute de la part de l'acqué-

reur, par exemple, si la remise de cette possession avait été fixée à un terme convenu; si l'acte portait relocation en faveur du vendeur. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'exception de fraude n'en serait pas moins recevable, mais elle serait très difficilement admissible.

Si le second acquéreur est demandeur en délaissement contre le premier, la position est toute différente. Les règles à suivre ne peuvent être identiques. Assuré par l'exécution qu'il a reçue, le titre du premier acquéreur se suffit à lui-même, et son droit ne peut être altéré que si ce titre vient à périr. Or le second acquéreur, dont les droits ne sont nés que postérieurement, n'a pas qualité pour agir directement en vertu de l'article 1167. Il ne peut donc attaquer le titre qui lui est opposé qu'en exerçant les actions de son vendeur, et, dans les cas seulement où celui-ci pourrait l'attaquer lui-même. Or, nous verrons plus bas que le complice de la simulation, lorsqu'il a pu s'en procurer une preuve écrite, est non-recevable à prétendre la prouver par témoins. Cette fin de non-recevoir, écartant le vendeur, écarterait le second acquéreur qui n'est que son ayant cause, à moins qu'il ne s'agit d'une simulation illicite que les parties elles-mêmes peuvent. toujours prouver tant par témoins que par présomptions.

Admettre le contraire, ce serait éluder la prohibition de la loi et permettre au vendeur de faire indirectement ce qu'il ne pourrait faire d'une manière directe. Celui-ci, en effet, n'aurait qu'à simuler une seconde vente, puisqu'il pourrait, par ce moyen et à l'aide d'une interposition de personne, faire admettre un genre de preuve formellement interdit par l'art. 1341.

Les facilités que cette fraude rencontrerait ont dû déterminer le législateur à la considérer comme certaine

lorsqu'une partie prétend avoir acheté un objet dont le vendeur n'avait plus la possession. Cette circonstance mérite, dans tous les cas, d'être approfondie. Elle doit, en effet, conduire nécessairement l'acquéreur à la connaissance d'une vente antérieure. En conséquence, celui qui, sans s'en préoccuper, a contracté avec le prétendu propriétaire d'une chose possédée par un autre, est au moins coupable d'imprudence. Il ne peut accuser qui que ce soit de l'avoir trompé, puisqu'il s'est prêté à se tromper lui-même.

On est censé connaître dès qu'on a pu connaître. Or, pour le second acquéreur, la connaissance d'une vente précédente le constitue tellement en mauvaise foi, qu'il ne pourrait faire prévaloir son titre, même authentique, sur celui du premier acquéreur n'ayant qu'un sous seing privé. Il y a même plus, la seconde vente n'étant qu'une fraude au préjudice de la première, celui qui, éclairé sur l'existence de celle-ci, a accepté le bénéfice de l'autre, s'est par cela même, rendu complice de la fraude. Il pourrait, dès lors, être poursuivi et condamné solidairement à réparer le préjudice que cette fraude a occasionné.

969. — La vente impose à l'acquéreur l'obligation de recevoir livraison au terme convenu. L'inexécution de cette obligation autorise le vendeur à en poursuivre l'accomplissement ou à demander la résolution de la vente. Il peut, de plus, exiger dans l'un et l'autre cas des dommages-intérêts si le retard mis à prendre livraison lui a causé un préjudice.

Ce retard fait d'ailleurs cesser l'obligation imposée au vendeur de conserver la chose vendue, en ce sens que la perte de cette chose ou les détériorations qu'elle viendrait

à subir restent à la charge de l'acquéreur légalement en demeure. Mais la cessation de la responsabilité du vendeur ne peut s'entendre de telle manière qu'elle pût autoriser un délaissement complet de cette chose. Tant que le vendeur est en possession, il répond de son dol ou de sa fraude : *Quum moram emptor adhibere cœperit, jam non culpam, sed dolum tantum prœstandum venditori* [1].

Aux termes de l'art. 1657 du Code civil, la vente de denrées et effets mobiliers est résiliée de plein droit et sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retirement [2]. Mais c'est là une simple faculté dont le vendeur peut ou non user, dont il n'usera que très rarement dans le cas où le défaut de retirement sera le résultat de la fraude. Il est évident, en effet, que l'inexécution par l'acheteur suppose que le marché lui est devenu onéreux, et par cela même, un intérêt contraire chez le vendeur, puisque la perte à subir resterait pour son compte. Il est donc certain qu'au lieu de considérer le marché comme résilié, il préférera contraindre l'acheteur à l'exécuter en prenant livraison ou à l'indemniser du préjudice que le refus de celle-ci entraînerait. Les dommages-intérêts doivent toujours comprendre

[1] L. 17, Dig. *De pericul. et comm. rei vend.*

[2] La question de savoir si l'art. 1657 C. civ s'applique aux ventes commerciales est controversée. Nous avons enseigné l'affirmative dans nos *Répétitions écrites sur le Code de Commerce*, p. 336, 8e édition. — *Voy.* en ce sens, Troplong, *Vente*, n° 680; Demangeat et Bravard, II, 426 et suiv.; Laurent, XXIV, 312 *bis* : Lyon-Caen et Renault, *précis de Dr. Comm.*, n° 649 ; Ripert, p. 129 et suiv.; Civ. cass., 27 févr. 1828 ; Req. 6 juin 1848, Sir. 49, I, 65 ; 19 févr. 1873. D. 1873, I, 301. — *Contrà* Pardessus, XI, 288 ; Maleville, sur l'art. 1657 ; Duvergier, I, 475 : Delamarre et Lepoitvin, *Contrat de commission*, III, 250 et suiv. ; Aubry et Rau, IV, § 356, note 5.

dans ce cas la différence entre le prix actuel de l'objet vendu et celui fixé dans le contrat.

970. — L'acquéreur est obligé de payer le prix stipulé. Le retard dans ce paiement entraîne des dommages-intérêts consistant dans tous les cas au paiement des intérêts, mais qui peuvent, dans le cas de fraude, comprendre le préjudice qui en serait une conséquence directe.

971. — Les parties peuvent s'en remettre, pour la détermination du prix, à l'arbitrage d'un ou de plusieurs experts. La fraude des experts pourra-t-elle nuire ou profiter aux parties?

972. — La négative était enseignée sous l'empire du droit romain par de célèbres commentateurs : *Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium, ad ipsum bonæ fidei judicis officio secundum naturam negotiorum bonæ fidei, ex bono et æquo corrigendum est.* Cette opinion de Voet[1] est aussi celle de Cujas et des jurisconsultes de son école.

973. — Dans notre ancien droit, Pothier n'hésite pas à tenir qu'en pareille circonstance la vente doit être annulée : « Si le tiers, dont les contractants sont convenus, « a fait une estimation, mais qui soit manifestement ini- « que, il n'y aura pareillement point de vente, et c'est la « même chose que s'il n'avait point fait d'estimation, car « les contractants, en s'en rapportant à son estimation « ont entendu non une estimation purement abitraire,

[1] *Ad. pand., de contrah. emptione,* n° 23.

« mais une estimation *tanquam boni viri*, une estimation « juste [1]. »

Mais Despeisses enseigne l'opinion contraire. Se fondant sur ces expressions de la loi dernière au Code *De cont. emp.* : « *Ut si quidem ipse qui nominatus est pretium definiret, omni modo secundum ejus estimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire.* » il refuse tout recours aux parties, même en présence d'une estimation de l'iniquité la plus révoltante [2].

974. — Quelques jurisconsultes modernes, notamment M. Troplong, se sont rangés à l'opinion de Despeisses. De l'avis du savant magistrat, le texte invoqué est décisif. En conséquence, tout en refusant à la décision de l'expert le caractère d'un jugement arbitral, M. Troplong la considère comme inattaquable, même pour cause de lésion de plus des sept douzièmes [3].

975. — Quelque considérable que soit cette autorité, nous ne saurions l'accepter en principe. L'opinion de Voet, de Cujas, de Pothier, nous paraît préférable non seulement sous le rapport de l'équité, mais encore au point de vue de la légalité.

Sans doute, en règle ordinaire, chacun doit exécuter l'obligation qu'il a également et librement consentie, dût cette exécution entraîner quelques inconvénients. Mais, nous l'avons bien des fois répété, la fraude fait en tout et partout exception au droit commun.

Or, une évaluation évidemment inique est une fraude

[1] *De la vente*, n° 24.

[2] Tom. I, pag. 2, n° 6.

[3] *De la vente*, tom, I, n° 158.

à l'encontre de celui qui doit en supporter les conséquences. Cette proposition, incontestable lorsque l'expert a ou agi malicieusement ou cédé à la corruption, pourrait-elle être contestée lorsque, sans données positives sur l'intention, on se trouve en présence d'un résultat violant ouvertement toute idée d'équité et de justice? Nous le comprendrions si la fraude ne pouvait subsister que par le concours du fait et de l'intention, *consilium et eventus*, mais tel n'est pas son caractère. Ce qui la constitue, c'est la certitude d'un préjudice *fraus non in consilio, sed in eventu;* et ce qui fait le mérite de cette décision, c'est qu'il ne saurait exister un fait nuisible sans qu'il naisse en même temps la certitude d'une volonté mauvaise ou d'un devoir violé. Or, la faute, lorsqu'elle atteint à de certaines limites, l'imprudence, la négligence même, acquiert les proportions du dol, *prope dolum est*.

Dès lors l'estimation, jusqu'à un certain point exagérée, pourra être acceptée comme le résultat d'une simple faute, d'une négligence ordinaire, et ne pourra vicier conséquemment la convention. Mais l'évaluation, notoirement, positivement inique, suppose, à défaut d'une volonté perverse, une faute tellement grave, une négligence tellement lourde, qu'il serait injuste de la tolérer. Parfaitement assimilable au dol, elle doit en produire tous les résultats [1].

Cela admis, la décision de Voet, de Cujas, de Pothier, se trouve légalement justifiée, puisque le texte invoqué à l'appui de la solution contraire ne peut recevoir aucune application à l'hypothèse d'un dol ou d'une fraude. Vainement dirait-on que, dans tous les cas, s'agissant du

[1] *Voy.* Duranton, XVI, 116 ; Duvergier I, 157.

fait d'un tiers, ce dol et cette fraude ne peuvent être opposés à la partie. L'expert, en acceptant la mission qui lui est confiée, devient le mandataire des parties et procède en cette qualité. Dès lors, la fraude qu'il commet est opposable au mandant ou par le mandant, car elle ne peut pas plus lui nuire qu'elle ne pourrait lui profiter.

Nous admettons donc en principe que l'estimation inique ne crée aucun lien obligatoire, mais le développement de ce principe peut créer de sérieuses difficultés. A quelles conditions reconnaîtra-t-on l'existence de ce caractère? Ici toute règle précise devient impossible à formuler. Il n'y a plus qu'une appréciation de faits et circonstances spéciaux à chaque espèce, c'est au juge investi à rechercher dans le mode suivi par l'expert les éléments de sa conviction.

976. — Il est évident que toute exagération ne constituerait pas l'estimation inique. L'appréciation de la valeur vénale d'un objet quelconque n'est pas ce qu'on demande exclusivement à l'expert. Il est une valeur morale, des considérations de convenance ou d'agrément qui doivent aussi être consultées. Cette valeur morale est susceptible d'être différemment appréciée. Tout dépend de l'opinion personnelle qu'on s'en faite, du point de vue auquel on se place. Une erreur même grave, résultant de données exagérées à cet endroit, ne serait pas l'évaluation inique dont on pourrait se plaindre. Il en serait autrement si, toutes choses poussées à l'extrême, on se trouvait encore en présence d'une estimation évidemment exagérée.

Aussi ne dirons-nous pas qu'on doit considérer comme limite extrême une lésion même des sept douzièmes. Sou-

vent, en effet, cette lésion ne subsistera que parce que le vendeur s'exagère à lui-même la valeur matérielle ou morale de sa propriété, ou parce que l'acquéreur méconnaît par trop l'une et l'autre. C'est aux magistrats qu'il est réservé de dire droit sur chaque espèce. Leur prudence et leurs lumières garantissent suffisamment qu'ils sauront, sans les confondre, distinguer l'erreur excusable de celle qui ne pourrait l'être, et concilier ainsi ce que l'équité et le respect des conventions exigent réciproquement.

977. — Tant que le prix n'est pas payé, l'acquéreur n'est, en quelque sorte, que le dépositaire de la chose vendue, les dégradations qu'il lui ferait volontairement subir seraient autant de fraudes tendant à diminuer la valeur du gage au préjudice du vendeur, pouvant perdre ainsi les garanties de ce qui lui est dû. Celui-ci pourrait dès lors demander soit le paiement immédiat du prix, soit la résiliation de la vente, avec dommages-intérêts.

978. — Le vendeur non payé a le droit d'attaquer, pour cause de fraude et comme faite à son préjudice, la revente opérée par l'acquéreur, alors même qu'il aurait formé une surenchère sur le prix de cette revente [1]. La surenchère est une mesure conservatoire, ne pouvant empêcher l'exercice ultérieur de l'action en résolution pour fraude.

Cette fraude du second vendeur résulterait suffisamment de l'époque rapprochée de la seconde vente avec la première, de la vilité du prix, des termes très courts accordés pour le paiement, et de l'engagement pris par

[1] Cass., 3 juillet 1817.

l'acquéreur, avant la vente, de garantir son vendeur de toutes les poursuites qui pourraient être faites contre lui par le premier vendeur [1]. L'existence d'un pareil engagement prouve la complicité de l'acquéreur dans la fraude du vendeur, complicité sans laquelle, nous le verrons plus tard, l'acte onéreux ne pourrait être annulé.

979. — L'échange n'est, à vrai dire, qu'une vente mutuelle et réciproque. Le prix de la chose donnée par l'un consiste dans la chose donnée par l'autre, chacune des parties, étant également acquéreur et vendeur, se trouve donc soumise aux obligations de l'un et de l'autre, comme elle en a les droits.

Dès lors, ce que nous avons dit de la fraude, à l'endroit de la vente, reçoit une application directe dans l'hypothèse d'un échange. Conséquemment, c'est par les principes que nous venons d'exposer que les difficultés offertes par ce dernier contrat devront se résoudre.

980. — L'échange de la chose d'autrui est nul comme le serait la vente. L'art. 1704 s'occupe du cas où la découverte du défaut de propriété du copermutant est postérieure à la réception de la chose, et antérieure à la livraison de celle promise en contre-échange. Il autorise le refus de toute livraison ultérieure. Cette solution est avouée par la raison et la justice. Comment exécuter une convention ayant pour résultat probable d'enlever à l'un l'équivalent de ce qu'il donne lui-même. Tout ce qu'on peut exiger, c'est la restitution de la chose déjà livrée, sauf les dommages-intérêts pouvant être dus à la partie qui restitue.

[1] Cass., 3 juillet 1817.

981. — Si l'échange a reçu sa complète exécution, s'il y a eu livraison réciproque, l'échangiste ayant reçu la chose d'autrui doit-il être admis, dès la découverte qu'il en fait, à poursuivre la résolution du contrat ?

Des difficultés ont été soulevées à cet égard, non que la nullité de l'échange ait été révoquée en doute, mais par la raison que l'art. 1704 ne s'appliquant que dans l'hypothèse d'un échange encore imparfait, il faut en conclure que son exécution entière ne rend l'action du copermutant recevable qu'au moment où le trouble se réalise par la réclamation du véritable propriétaire. C'est ce que la Cour de cassation a elle-même décidé le 11 décembre 1815.

Mais on a fait remarquer, et selon nous avec raison, que, puisque la découverte du vice suffit pour arrêter l'exécution de l'acte, il est logique de donner à la même circonstance l'effet de faire révoquer celle qu'il a reçue et qui n'est que le résultat de l'erreur d'une part, de la fraude de l'autre. C'est ce qu'on admet d'ailleurs pour la vente, dont les règles s'appliquent à l'échange. Comment donc le refuser pour celui-ci ? Parce que l'art. 1704 ne parle que d'un cas spécial ? Mais cet article a bien plutôt voulu créer une exception à la règle *Pendente lite tenet contractus*, en vertu de laquelle le défendeur aurait pu demander l'exécution préalable de l'acte, qu'à établir une exception au droit absolu de demander la résiliation, exception qui ne saurait, dans aucun cas, résulter suffisamment de l'argument *à contrario*, tirée de l'art. 1704 [1].

Il est vrai que l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 décembre 1815, se fonde sur ce que l'art. 1704 ne parle que

[1] Duvergier, *Vente*, tom. II, n° 43 ; — Favard, v° *Echange*, n° 2 ; — Rolland de Villargues, v° *Echange*, n°s 28 et 29.

du refus de livraison, sans s'occuper de la revendication. Mais il est évident que la Cour, préoccupée de l'espèce sur laquelle était intervenue la décision attaquée, n'a pas dû s'appesantir beaucoup sur la question qu'elle paraît résoudre. Il s'agissait, en effet, de l'échange contre un bien dont la dotalité avait été déclarée et qui était dès lors parfaitement connue. On opposait donc avec raison au demandeur le caractère relatif de la nullité, de la disposition de l'art. 1125 du Code civil; c'est sans doute au silence gardé par la femme que les motifs de l'arrêt font allusion. Le rejet de la réclamation était donc, dans cette espèce, commandé par ce même article 1125.

La Cour régulatrice aurait-elle décidé de même, s'il se fût agi d'un échange du bien d'autrui? Nous en doutons avec d'autant plus de raisons qu'elle a jugé en sens inverse, en décidant le 16 janvier 1810 :

1° Que l'art. 1599, qui déclare nulle la vente du bien d'autrui, est applicable en matière d'échange :

2° Que l'échange d'une chose indivise, entre l'échangiste et un tiers, peut, sur la demande du coéchangiste qui a ignoré cette indivision, être annulée comme étant uns aliénation de la chose d'autrui;

3° Enfin, que la nullité doit être prononcée, bien même que l'indivision ait cessé d'exister, si d'ailleurs la demande en nullité est antérieure à la poursuite en partage.

Dans cette espèce, on le voit, l'échangiste était si peu recherché, que toutes les recherches étaient impossibles. En effet, et avant la fin du litige, le coéchangiste était devenu, par l'effet du partage, propriétaire unique de la chose par lui donnée, cependant la Cour n'hésite pas à admettre la demande.

Il y a donc entre ces deux décisions une anomalie qui serait inexplicable si la différence des faits ne nous en donnait le mot. Dans celle de 1810, l'échangiste *ignorait* le vice de la chose. Il était donc victime d'une fraude. Dans celle de 1815, cette *ignorance* n'existait pas, la dotalité ayant été déclarée, dès lors point de fraude, point de préjudice. Aussi trouvons-nous le résultat de cet arrêt très juridique et nous opposerions hardiment la fin de non-recevoir qu'il consacre à tout échangiste ayant sciemment accepté la chose d'autrui. Seulement nous motiverions notre solution sur la maxime *volenti non fit injuria* [1].

Ainsi, la découverte que la chose reçue n'appartenait pas à celui qui l'a donnée, autorise la demande en résiliation. La preuve qu'il en est ainsi la ferait inévitablement accueillir.

982. — Quels seront les effets légaux de la résiliation?

D'abord, la faculté pour l'échangiste de revendiquer la chose par lui livrée. Cela ne souffre aucune difficulté, lorsque la chose se trouve encore entre les mains du coéchangiste. N'ayant rien donné en échange, il n'a aucun droit à la chose par lui reçue. Le continuer dans sa possession ne saurait donc se concevoir en présence d'une revendication formelle de la partie contractante.

983. — La question de revendication devient plus délicate lorsque le défendeur ayant aliéné la chose qu'il avait reçue, c'est contre le tiers détenteur que cette revendication doit être intentée et poursuivie.

Le droit romain la refusait positivement : *Contrà emptorem quidem nullam te habere actionem perspicis, cum*

[1] V. Poitiers, 16 avril 1822.

ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo permutationis non negas [1]. Cette décision formait le droit commun avant le Code civil, et c'est sous son empire que la Cour de cassation a jugé, le 16 prairial an XII, que la revendication contre le tiers détenteur était interdite.

Le Code civil a-t-il abrogé cette législation? Non, dit Favard [2]. L'art. 1704, en décidant que le copermutant reprendra la chose, ne s'explique pas en ce qui concerne le tiers détenteur. Donc, au regard de celui-ci, il faut s'en tenir aux principes du droit romain et notamment à la solution de la loi 4 au Code *De rerum permutatione*.

Mais indépendamment de l'art. 1704, le législateur français a édicté l'art. 1707, aux termes duquel toutes les *autres* règles prescrites pour la vente s'appliquent à l'échange. Or, personne ne conteste au vendeur non payé de revendiquer contre le tiers détenteur. Cette règle serait-elle en dehors de *toutes les autres* que l'art. 1707 déclare comme communes à l'échange?

Remarquons que l'assimilation entre l'échange et la vente n'avait pas été méconnue par le droit romain. La loi 4 au Code n'avait fait que l'appliquer justement en prohibant pour l'échange ce qui était déjà prohibé pour la vente. On sait, en effet, que le vendeur, ayant suivi la foi de l'acquéreur, n'avait plus contre celui-ci qu'une action personnelle en paiement du prix.

La théorie du Code n'est plus celle sur laquelle était fondé le droit romain. N'est-il donc pas logique de dire aujourd'hui que par cela seul que l'action contre le tiers est ouverte en cas de vente, elle l'est également pour

[1] L 4, Cod. *De rerum permut.*

[2] V° *Echange.*

l'échange. L'identité dans le contrat doit déterminer l'identité des conséquences.

On cherche à expliquer la différence par ce fait que le vendeur a un privilège que la loi le force d'inscrire, tandis que le copermutant n'en a aucun.

Mais, dit Merlin [1], ce qui répond victorieusement à cela, c'est qu'il doit en être de l'aliénation par l'acheteur qui n'a pas payé son prix, comme de l'hypothèque qu'il aurait constituée sur le fonds dont il doit le prix à son vendeur; qu'aux termes de l'art. 2025, l'hypothèque prise sur l'acquéreur qui n'a point payé le prix, s'évanouit lorsque le vendeur, à défaut de paiement, a fait prononcer la résolution de la vente; qu'ainsi l'aliénation que l'acquéreur a faite avant qu'à défaut du paiement du prix, la vente ait été résolue, doit également être considérée comme non avenue; et qu'enfin le défaut d'inscription du privilége du vendeur ne prive celui-ci ni de la faculté de faire résoudre le contrat de vente, ni du droit de faire valoir cette faculté soit contre les créanciers hypothécaires, soit contre les aliénataires de l'acheteur.

Merlin pense donc que l'art. 1707 s'en référant pour l'échange aux règles de la vente, le législateur a formellement abrogé la loi 4 au Code *De rerum permutatione;* qu'on doit donc tenir comme certain qu'aujourd'hui l'échangiste évincé ou menacé de l'être peut revendiquer la chose par lui livrée contre le tiers détenteur. C'est aussi ce qu'enseignent d'autres graves jurisconsultes [2].

[1] *Rép.*, v° *Echange*, n° 2.

[2] V. notamment Troplong, sur l'art. 1704 ; — Duranton, tom. XVI, pag. 578 et suiv. — * Il est généralement reçu que la résolution de l'échange réfléchit contre les tiers détenteurs de l'immeuble livré à celui contre lequel elle a été prononcée. Outre les auteurs précités, *voy.*

Ainsi, la revendication peut être utilement exercée contre le tiers acquéreur. L'échangiste ayant perdu ou se trouvant exposé à perdre la chose en échange de laquelle il a livré la sienne, est, par rapport à celle-ci, un véritable vendeur non payé. Conséquemment, l'acheteur direct du copermutant, comme tous les acheteurs successifs, subira l'application de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis.* Par un *à fortiori* incontestable, les hypothèques et privilèges conférés depuis l'échange s'effacent et disparaissent. Les droits du copermutant étant conditionnels et résolubles, tout ce qui émane de lui revêt ce double caractère; donc la résolution prononcée et la condition se réalisant, la chose rentre franche et libre aux mains de son ancien propriétaire [1].

984. — Le vice résultant du défaut de propriété chez le copermutant est radical et absolu, à tel point que la ratification du véritable propriétaire ne saurait couvrir la nullité qui en résulte. C'est ce qui s'induit de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1810, que nous avons ci-dessus cité. On comprend assez que le fait d'un tiers ne puisse faire maintenir un contrat viscéralement sans effet par le défaut de capacité des parties contractantes au moment de sa confection. C'est la ratification qui constituerait le véritable échange, et, dès lors, on ne saurait l'imposer à la partie contre son gré, si elle refusait d'y consentir.

985. — Mais si la ratification est sans résultat sur

Duvergier, II, 417 ; Marcadé, sur les art. 1704 et 1705 ; Aubry et Rau, IV, § 360, p. 461 ; — Laurent, XXIV, 627. *Contrà* Delvincourt, III, p. 184

[1] Aix, 25 mai 1813. — D. A., tom. XII, pag. 939.

l'existence de l'acte, elle peut exercer une grande influence sur l'appréciation des dommages-intérêts réclamés, car la résiliation crée pour la partie qui l'obtient le droit à obtenir un dédommagement, même dans le cas où elle réclame la restitution de ce qu'elle a donné.

986. — Il est vrai que ce droit a été contesté. L'article 1705, a-t-on dit, autorise la reprise de la chose ou des dommages-intérêts. En s'en tenant à cette alternative le législateur a donc proscrit le cumul.

C'est là interpréter l'art. 1705 d'une manière fort inexacte et en méconnaître ouvertement le sens. Cette disposition ne dit qu'une seule chose, à savoir : que la reprise de la chose ne constitue, en cas de résiliation, qu'une faculté et non une obligation. Le demandeur a donc le choix de réclamer, en cas de résiliation, ou la restitution de ce qu'il a donné, ou l'allocation d'une somme en représentant la valeur. La possession de la chose peut être onéreuse, la preuve que le propriétaire ne voulait pas la conserver, c'est qu'il l'avait aliénée, et le même intérêt peut exister après comme avant la résiliation. Ces exigences que le législateur a comprises et que les tribunaux pouvaient méconnaître, l'ont décidé à ne faire de la reprise de la chose qu'une faculté au choix de celui qui a obtenu la résiliation.

Indépendamment du droit d'obtenir ou la chose ou son équivalent en argent, ce qui ne saurait être raisonnablement contesté, l'échangiste évincé peut essuyer un préjudice plus ou moins considérable par la résiliation de l'échange. Les dépenses qu'il a réalisées sur la chose qui lui est enlevée, la perte des avantages que sa possession lui promettait, les frais frustrés du procès qu'il a à soute-

nir, tout cela exige un dédommagement que l'article 1705 n'a jamais eu pour objet d'empêcher.

La reprise de la chose ne laisse pas quelquefois que d'exiger un dédommagement. La jouissance d'un coéchangiste a pu s'exercer au gré de sa volonté et même de ses caprices. Il a pu changer les lieux, ajouter des constructions nouvelles parfaitement inutiles au propriétaire réintégré, introduire un nouveau mode de culture onéreux pour celui-ci, enfin dégrader la chose. Or, si les parties, par la résiliation, doivent se retrouver au même état qu'auparavant, n'est-il pas juste que ce résultat s'obtienne aux dépens de celui qui a occasionné la résiliation?

Le droit d'obtenir des dommages-intérêts, même dans le cas de réintégration, dans la propriété de la chose échangée, nous paraît commandé par ces considérations.

Il est, de plus, consacré par les principes généraux du droit, par les principes spéciaux de la vente[1]. Nous avons déjà dit qu'on doit, en matière d'échange, s'en référer aux uns et aux autres[2].

987. — Les dommages-intérêts sont donc dus dans tous les cas. Leur appréciation est livrée à la prudence et à la sagesse des tribunaux. Les règles prescrites par les art. 1634, 1635 et 1646 sont applicables à l'échange et fournissent un mode de liquidation qu'il convient de suivre. Les dommages-intérêts résultant de la dépossession devraient être refusés s'il dépendait du demandeur

[1] V. art. 1184, 1599, 1610 et 1626 du Code civil.

*[2] L'échangiste évincé a toujours droit, quand il a été de bonne foi, à des dommages-intérêts, soit qu'il opte pour l'exécution, soit qu'il opte pour la résolution du contrat. (Art. 1599 et 1630 C. civ.) Duranton, XVI, 455 ; Aubry et Rau, IV, § 360, note 3. — *Voy.* Laurent, XXIV, 622.

d'éviter cette dépossession, dans le cas, par exemple, où il n'aurait pas voulu accepter la ratification du véritable propriétaire.

988. — Si la partie préfère un dédommagement en argent à la restitution en nature, ce dédommagement doit consister dans le prix actuel de la chose. L'augmentation de valeur qu'elle aurait subi, même par le seul bénéfice du temps, devrait profiter à celui qui, dépouillé de la chose par lui reçue, est censé avoir toujours possédé celle qu'il avait donnée. Fixer la valeur restituable à celle qu'avait la chose au moment de l'échange, ce serait éluder la faculté laissée par l'art. 1705 et forcer à demander, dans tous les cas, la restitution en nature.

989. — L'art. 1706 prohibe l'action en lésion pour le contrat d'échange. Cette solution, admise dans l'ancien droit contre l'opinion de Godefroi, Cujas, Dumoulin et Pothier, reposait sur ce fondement qu'il n'était pas facile de distinguer entre les parties : *Uter venditor, uter emptor.*

Dans le fait, chaque partie réunit sur sa tête la double qualité d'acheteur et de vendeur. Il était donc logique de refuser à l'un et à l'autre ce que la loi dans la vente prohibe à l'acheteur. Les motifs sont les mêmes dans l'un et l'autre cas. La convenance, l'avantage de l'échange pour une des parties a pu être tel qu'il aura volontairement fermé les yeux sur l'exagération évidente des prétentions et du prix qu'il a sciemment accepté.

Il ne saurait alors exister aucun préjudice, aucune lésion : *Volenti non fit injuria.*

990. — Mais il est évident que si la valeur réelle de l'objet échangé a été dissimulée à l'aide de manœuvres caractérisant le dol ou la fraude, il y aura lieu à recours, même pour lésion, en vertu du principe que nous avons si souvent déjà rappelé : que le dol et la fraude font exception à toutes les règles. C'est ce que la Cour de Colmar a consacré dans une espèce où l'échange déguisait une opération usuraire [1]. L'art 1706 reçoit donc une exception lorsque l'inégalité de la valeur a été le résultat d'un déguisement frauduleux.

991. — Une autre exception doit être admise lorsque la forme de l'échange n'a été empruntée que pour déguiser une vente faite à vil prix et pour priver le vendeur d'exciper de la lésion qui lui est imposée. Le caractère juridique de cette exception ne saurait être méconnu. Toute la difficulté gît dans son application.

Eh! d'abord la simulation étant le fait des deux parties, la preuve testimoniale que l'une d'elles demanderait à produire ne serait pas reçue. On sait que la jurisprudence s'est prononcée pour la règle *Nemo inditur turpitudinem suam allegans*. Il faut donc une preuve écrite résultant soit de documents justifiant la fraude, soit de l'acte même; et celle-ci, on le comprend sera dans tous les cas la plus décisive.

992. — Mais à quel caractère reconnaîtra-t-on qu'il y a vente et non échange? A l'existence de la soulte? Mais cette soulte peut n'être que la conséquence légitime de l'échange, que son exécution naturelle. Les choses

[1] 25 mars, 1825 : — D. P., 2, 173.

échangées ne sont pas toujours d'une valeur égale, et le paiement d'une soulte n'est, dans ce cas, que la voie unique d'atteindre à cette égalité qui est l'essence du contrat. Loin donc de dénaturer l'échange, la soulte le constitue souvent. Son existence ne pourrait, par elle seule, prouver la simulation.

993. — Cependant la soulte établit jusqu'à concurrence le contrat de vente. Partant de ce principe, voici les distinctions à l'aide desquelles nos anciens jurisconsultes essayaient de résoudre la difficulté que nous examinons.

Lorsque la soulte excède la valeur de la chose donnée en échange, dans l'hypothèse par exemple de la dation d'une chose de 5,000 fr. pour une de 20,000 fr., il y aura vente. Le paiement d'une partie du prix en nature ne saurait assigner à l'acte le caractère d'un échange.

Lorsque la soulte est égale à la valeur de la chose. Exemple, on échange une chose de 10,000 fr. contre une de 5,000 fr. on doit se prononcer pour le contrat le plus noble, c'est-à-dire pour la vente : *Venditio dignior est quæ in dubio præferenda.*

Lorsque la soulte est inférieure à la valeur de la chose. Exemple, l'échange d'une chose de 20,000 fr. contre une de 15,000 fr., on se prononcera pour l'échange, la soulte n'étant ici qu'un accessoire naturel et légitime [1].

Ces distinctions, admises par M. Troplong[2], paraissent fournir une base d'appréciation raisonnable. Nous ne pensons pas, cependant, qu'elles soient tellement absolues

[1] Bruneman, sur la loi 1, Dig., nos 1, 2 et 3, *De rerum permut.*

[2] Sur l'art. 1702. — * *Voy.* Troplong, art. 1702, nos 5 et 6; Duranton, XVI, 547; Favard, vo *Echange*, § 4.

qu'on ne puisse s'en écarter. Nous dirons de leur ensemble, ce que cet éminent magistrat dit de la seconde, à savoir : que c'est surtout par les circonstances de l'acte et par l'intention des parties que les juges doivent se prononcer.

Sans doute aussi, la dénomination donnée à l'acte doit être prise en considération, mais ne perdons pas de vue que cette dénomination peut n'être que la conséquence de la fraude. L'acheteur qui n'a pas voulu paraître tel pour se soustraire à une action en lésion, veillera à ce que la forme extrinsèque de l'acte soit conforme à ses projets. Nous croyons donc que ce n'est qu'en l'absence de tout reproche de dissimulation que la dénomination de l'acte pourra être utilement consultée. Nous ne dirons donc pas pour la décision du litige, ce que M. Championnière dit pour l'enregistrement, à savoir : que la qualification donnée au contrat est la première, la plus sûre des directions [1].

SECTION IV.

Fraude dans le louage.

SOMMAIRE.

994. La fraude peut vicier le louage dans son origine, ou naître dans son exécution.

[1] *Des droits d'enregistrement*, t. I, n° 86.

995. Le but essentiel du louage est tantôt la jouissance temporaire d'un objet déterminé, tantôt un salaire.

996. La principale obligation du bailleur est donc de livrer l'un ou l'autre. — Conséquences.

997. La location de la chose d'autrui est nulle, comme le serait la vente où l'échange.

998. La menace d'éviction produit-elle un effet également identique ?

999. Droit du preneur de la chose d'autrui, s'il a consenti des anticipations sur les loyers.

1000. Dangers auxquels s'expose le communiste qui loue seul la chose commune.

1001. L'usufruitier, le mari ou le tuteur qui donnent à bail les biens dont ils ont la jouissance ou l'administration commettent une fraude s'ils cèlent leur qualité.

1002. Conséquences, suivant que le bail est consenti pour moins ou pour plus de neuf ans.

1002 bis. Droit de l'adjudicataire dépossédé par folle-enchère.

1003. Fraude évidente du bailleur qui loue deux fois la même chose ou qui, après avoir loué, vend sans faire de l'entretien du bail une condition de la vente. — Effet dans le premier cas

1004. Effet dans le second.

1005. Obligations qui naissent du devoir d'assurer la jouissance au preneur.

1006. Obligation imposée par l'art. 1720 de délivrer la chose en bon état de réparations.

1007. Effet de la dissimulation frauduleuse du mauvais état de réparations.

1008. La visite préalable des lieux ne serait pas un obstacle à la rescision.

1009. A défaut de délivrance, le bail peut être résilié, mais cette résiliation ne peut jamais être demandée par le bailleur.

1010. Elle ne pourrait être prononcée malgré le preneur.

1011. A la charge de qui sont les réparations d'entretien ?

1012. *Quid* de celles pour conserver à la chose la destination qui lui a été affectée ?
1013. Durée fixée pour les réparations.
1014. Le propriétaire est responsable des vices cachés de la chose louée.
1015. Effets de cette responsabilité : 1° Résiliation du bail.
1016. 2° Dommages-intérêts en faveur du locataire, si le locateur connaissait le vice.
1017. 3° Réparation dans tous les cas de la perte matériellement éprouvée.
1018. Dissentiment avec M. Troplong sur les obligations du locateur ayant ignoré le vice.
1019. Réfutation de sa doctrine.
1020. Etendue de la jouissance conférée au preneur.
1021. Le preneur a le droit de sous-louer, à moins d'interdiction contraire.
1022. *Quid*, en cas de prohibition, du bail consenti en fraude du contrat ?
1023. Droit du sous-locataire évincé, selon qu'il a ignoré ou connu la clause prohibitive.
1024. Mais le preneur peut toujours se faire représenter par des personnes de confiance et à ses gages.
1025. La clause prohibitive de sous-location n'est pas violée, lorsque la sous-location n'est que l'accessoire d'une obligation légitimement contractée, la vente du fond de commerce par exemple.
1026. Opinion contraire de M. Duvergier.
1027. Réfutation.
1028. Obligation du preneur de conserver les lieux dans l'état où ils se trouvent au moment de la délivrance. — Son étendue.
1029. Impossibilité d'en changer la destination.
1030. Le locataire d'un établissement industriel doit l'exploiter jusqu'à la fin du bail.
1031. Faut-il, pour que la plainte en changement de destination soit recevable, que l'interdiction soit expressément contenue dans le bail ?

1032. La profession du locataire doit être prise en considération pour juger les intentions des parties.

1033. La dissimulation de cette profession pourrait faire résilier le bail.

1034. Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière constitue-t-il un changement de destination capable de faire résilier le bail ?

1035. La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux baux des biens ruraux.

1036. L'obligation, pour le preneur d'un bien rural, d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire ordinaire.

1037. Devoir que le premier a de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété. — Conséquence quant aux usurpations qui pourraient être commises.

1038. Délai dans lequel l'avertissement doit être donné — Ses formes.

1039. Peine attachée au défaut d'avertissement.

1040. Cas dans lesquels la fraude du fermier revêt les caractères d'un délit.

1041. Effets de l'enlèvement ou de l'absence des capitaux morts ou vivants.

1042. Fondements de l'action en résiliation.

1043. Fondement de celle en restitution et en dommages-intérêts.

1044. L'expiration du bail amène le règlement des malfaçons reprochables au fermier.

1045. Faculté pour le juge de décerner la contrainte par corps pour garantie de la restitution des capitaux.

1046. Obligation pour le preneur de payer le prix. — Conséquences.

1047. Obligation de garnir de meubles les lieux loués.

1048. Etendue de cette obligation pour le preneur d'un bien rural.

1049. Principes régissant le louage d'œuvres et d'industrie.

1050. L'action *ex conducto* n'est pas admise dans cette manière.

1051. Le locateur répond des vices de construction et des matériaux qu'il fournit
1052. Difficultés que l'action du conducteur rencontrera si elle est exercée après la réception et le paiement.
1053. Caractères et effets de la réception.
1054. Distinction entre les vices apparents et les vices cachés.
1055. *Quid* si le locateur n'a fourni que la façon ?
1056. La réception reste sans effet à l'égard des personnes que le Code civil déclare responsables pendant dix ans.

994. — Le contrat de louage peut être entaché de fraude soit dans son origine, soit dans l'exécution qui lui est donnée. L'effet est le même dans l'un et l'autre cas, c'est-à-dire que le contrat est résilié suivant la gravité du préjudice occasionné, et que des dommages-intérêts peuvent être prononcés contre son auteur.

La fraude sera imputable soit au bailleur, soit au preneur, selon qu'il s'agira de la violation d'un devoir imposé à l'un ou à l'autre. Voyons donc les obligations qu'ils doivent réciproquement remplir. Nous indiquerons les conséquences de leur violation.

995. — Le but essentiel du louage est, de la part du preneur, de se procurer la jouissance temporaire d'un objet certain et déterminé. Dans le louage d'ouvrages, c'est tantôt l'industrie d'un individu qui est mise à contribution moyennant un salaire convenu, tantôt un ouvrage qui doit être confectionné et livré par un entrepreneur ou ouvrier. Nous allons nous occuper d'abord du louage des choses.

996. — Le but de ce contrat, tel que nous venons de le déterminer, indique que la principale et la première

obligation du bailleur est de faire jouir le preneur des objets faisant la matière de la location. Tout ce qui est de nature à empêcher ou à troubler cette jouissance est une fraude dont il est dû réparation.

De là il suit :

1° Que la location de la chose d'autrui est de nature à empêcher le bail de sortir à effet;

2° Que le propriétaire qui loue successivement la même chose à diverses personnes,

Ou qui, après avoir loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend la chose louée sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente,

Commet tout autant de fraudes engageant sa responsabilité et ouvrant contre lui l'action du preneur.

997. — On ne peut pas plus louer la chose d'autrui que la vendre ou l'échanger[1]. Le bail à loyer n'est pas autre chose que le transfert pour un temps plus ou moins long d'un des attributs de la propriété, la jouissance. Ceci suppose donc, chez le bailleur, la qualité de propriétaire. Si cette qualité ne lui appartient pas, comment pourra-t-il assurer au preneur la jouissance pour laquelle ils ont traité?

La nullité prononcée contre la vente ou l'échange de la chose d'autrui doit donc être appliquée au louage. Le preneur, évincé ou menacé de l'être par le véritable propriétaire, aura donc le droit de demander la résiliation du contrat et la réparation pécuniaire du préjudice résultant de cette résiliation.

* [1] *Sic.* Laurent XXV, 56. — *Voy.* cependant Merlin, *Rép.* v° bail, § 2, n° 7 ; Troplong, sur l'article 1713, n° 98.

998. — Faut-il donner à la menace d'éviction les mêmes effets que ceux qu'elle entraîne dans la vente ou l'échange? La découverte que la chose louée n'appartient pas au bailleur, ouvrira-t-elle immédiatement l'action du preneur? Non; à notre avis, l'action du preneur serait irrecevable tant que le trouble à sa jouissance ne serait pas réalisé.

Cette solution est contraire à celle que nous avons indiquée dans le cas de vente ou d'échange. Mais cette contradiction s'explique naturellement par la nature des choses et par la différence majeure existant dans l'intérêt engagé dans ces diverses hypothèses.

Le vendeur et l'échangiste, ayant le premier payé le prix, le second livré la chose, ont le plus grand intérêt à agir le plus promptement possible. Les soumettre à attendre que le véritable propriétaire rompît le silence, c'était, dans bien des cas, les condamner à perdre, par l'insolvabilité de la partie contractante, le recours que l'action du propriétaire leur ouvre.

D'ailleurs, le résultat du vice, entachant la vente ou l'échange, étant d'enlever à l'échangiste, ou à l'acquéreur la chose reçue, la connaissance de ce vice les met, l'un et l'autre, dans une position singulière. Oseront-ils se livrer à des dépenses dont un tiers profitera? Pourront-ils, suivant que la nécessité de leurs affaires l'exigerait, aliéner ou réaliser une chose qu'ils savent ne pas leur appartenir et s'exposer ainsi aux dommages-intérêts qu'une résiliation imminente leur permet d'entrevoir, et qui seront d'autant plus élevés, qu'ils auront sciemment disposé de la chose d'autrui? Donc, le possesseur de la chose d'autrui par vente ou échange n'a qu'une

propriété flottante, incertaine, indisponible, ce qu'il convient de faire cesser au plus tôt.

Le louage n'offre aucun de ces inconvénients. Dans ce contrat, ce qui est de l'essence de la convention, est moins le droit en lui-même que la jouissance matérielle des lieux. Si donc ce fait se réalise sans trouble aucun, le preneur a tout ce qu'il peut raisonnablement exiger. Il suffit de lui réserver le droit de se plaindre dès que le trouble viendra à s'effectuer.

Le bail, étant d'ailleurs temporaire, peut parfaitement s'accomplir sans que le véritable propriétaire réclame. Que ce silence soit spontané, qu'il ne soit que le résultat d'un accord avec le locateur, peu importe, celui-ci a rempli ses engagements en faisant jouir le preneur, qui n'a, dès lors, aucune raison plausible pour demander à être exonéré.

De plus, le prix du bail n'est payable qu'à des termes ordinairement échelonnés. Ce prix n'étant que la représentation de la jouissance, le paiement en serait suspendu par le trouble apporté à celle-ci. Quant aux loyers précédemment payés, le véritable propriétaire n'aurait pas le droit de les exiger une seconde fois, le paiement fait de bonne foi au propriétaire apparent ayant complètement et légalement libéré le locataire.

Dès lors, ce dernier ne court aucun risque sérieux. Il ne peut donc se plaindre de ce qu'on ajourne la recevabilité de sa demande jusqu'à la réalisation du trouble.

999. — Cependant, si le preneur avait en entrant payé par anticipation tout ou partie des loyers que le bail doit rendre exigibles, la connaissance que la chose louée n'appartient pas au bailleur lui conférerait le droit

d'exiger de lui soit le remboursement de tout ce qui ne serait pas actuellement échu, soit un cautionnement pour un remboursement futur. De plus, et pour éviter toute contestation ultérieure sur les paiements de loyers postérieurs à la connaissance du vice, il conviendrait au preneur de ne faire ces paiements qu'après avoir mis le véritable propriétaire en demeure de faire valoir ses droits.

1000. — Le communiste, louant en son nom seul la chose indivise, excède les droits lui appartenant [1] et s'expose à un double danger :

1° A une poursuite en résiliation de la part de ses copropriétaires. Remarquons, toutefois, que, juste en principe, cette prétention pourrait être repoussée dans l'application, si le bail stipulait un prix sincère et légitime, si le bailleur résidait sur la localité, tandis que ses coïntéressés habitent des lieux plus ou moins éloignés, et si les baux antérieurs, consentis de la même manière, n'avaient pas été attaqués. Tout cela indiquerait que le bailleur, agissant ne fût-ce que comme le *negotiorum gestor* de ses coïntéressés, n'a fait qu'un acte de sage administration auquel il était au moins tacitement autorisé. La demande en résiliation pourrait, dès lors, être écartée.

Mais il en serait autrement si le bailleur avait dissimulé le véritable prix du bail ou s'il avait stipulé secrète-

[1] L'un des copropriétaires d'une chose indivise ne peut en consentir le bail, même pour la part qui lui appartient, sans l'assentiment des autres. Ces derniers pourraient demander l'annulation pour le tout du bail qui aurait été ainsi passé par l'un d'eux. Merlin, *Quest.* v° Location, § 1, n° II; Duranton, XVII, 35; Duvergier, I, 87; Troplong, I, 100; Demolombe, IX, 447; Aubry et Rau, IV, § 364, p. 466; Laurent, XXV, 44. — Civ. cass. 4 janv. 1844. Sir, 44. 1. 723.

ment tout autre avantage exclusivement personnel. La fraude, évidente dans cette hypothèse, entraînerait non seulement la résiliation du bail, mais encore l'allocation de dommages-intérêts pouvant excéder, mais non rester en dessous des avantages indûment perçus. Comme dans tous les cas de fraude, la preuve incomberait aux demandeurs ;

2° A la demande en résiliation de la part du preneur. La poursuite et les effets de cette demande seraient déterminés par les règles que nous venons de tracer pour le louage de la chose d'autrui.

1001. — Les art. 595, 1429, 1718 du Code civil donnent à l'usufruitier, au mari, au tuteur, la faculté de louer les biens dont ils ont la jouissance ou l'administration. Quelle que soit la durée des baux qu'ils ont consenti en cette qualité, le preneur n'a aucun droit à exercer, pas même celui de se faire cautionner les anticipations qu'il aurait consenties.

La dissimulation de la qualité constitue une véritable fraude. Mais, comme elle n'est pas dans tous les cas nécessairement préjudiciable, il y a lieu d'établir la distinction suivante :

1002. — Si le bail n'a qu'une durée de neuf ans ou au-dessous, le locataire n'a aucun motif de se plaindre ; ce qu'il a voulu, c'est la jouissance des objets loués pendant toute la durée de son bail. Or, cette jouissance lui est assurée, puisque le bail n'excède pas le droit conféré par la loi à celui qui l'a consenti. Donc, le nu-propriétaire, la femme ou l'ancien mineur sera obligé de l'exécuter pour toute sa durée, à moins qu'il prouve que le bail est frauduleux et lésif.

Mais on ne peut admettre l'existence d'un bail frauduleux et lésif sans admettre, en même temps, la complicité du preneur. N'est-ce pas, en effet, en faveur de celui-ci que le bailleur méconnaîtra les devoirs que sa qualité lui impose ? Conséquemment, le preneur, ayant participé à la fraude et déterminé, par son fait, la cause de la nullité du bail, ne saurait être ni recevable, ni fondé à se plaindre de cette nullité.

Toutefois, si le preneur a fait des anticipations sur les loyers à venir, l'ignorance de la qualité du bailleur lui donnera le droit d'exiger soit le remboursement des avances, soit un cautionnement.

Si le bail est consenti pour une période de plus de neuf ans ou renouvelé contrairement à l'art. 1430 du Code civil, la dissimulation de la qualité du bailleur pourrait être pour le preneur un motif de demander la résiliation du contrat. Il peut se faire, en effet, que la durée du terme stipulé ait été la cause déterminante, sans laquelle le preneur n'aurait pas consenti à accepter cette qualité ; que cette même durée ait été stipulée en compensation de l'état des biens loués, des dépenses et frais à exposer pendant les premières années. Or, cette espérance peut ne pas se réaliser, car l'exécution complète de l'acte tient à une éventualité dont le preneur peut ne pas vouloir courir les chances et dont on lui a frauduleusement dissimulé l'existence.

La faculté conférée à l'usufruitier, au mari de consentir des baux de neuf ans n'a rien d'extraordinaire. L'incertitude sur l'époque de l'extinction de l'usufruit, ou de la dissolution du mariage déterminait naturellement ce résultat.

Il n'en est pas de même du tuteur. On peut connaître le moment précis qui mettra fin à son administration. On

aurait donc pu trouver exagérée la faculté d'engager le mineur à la veille de devenir majeur pour une période de neuf ans.

Cependant l'art. 1718 ne fait aucune distinction ; et il est certain que le bail de neuf ans consenti par le tuteur à quelque époque que ce soit doit être respecté comme celui fait par l'usufruitier ou le mari, à moins qu'on ne prétende qu'il est le résultat de la fraude. Or cette fraude n'est jamais présumée. La charge de la prouver incombe à celui qui l'allègue.

On a voulu faire résulter la fraude pour l'usufruitier du concours d'un renouvellement anticipé et de la vileté du prix.

Il est évident que lorsque cette condition est acquise il y a un préjudice certain pour le propriétaire. Or si la fraude réside *non in consilio sed in eventu*, l'existence de ce préjudice a pu paraître la constituer.

Mais en matière de location d'immeubles, il est souvent impossible d'obtenir le prix que devrait produire la chose. Les circonstances, l'état des immeubles, la difficulté de louer ou leur situation, la pénurie de preneurs peuvent forcer d'accepter un canon inférieur à la valeur réelle, sans qu'on pût suspecter la bonne foi de l'usufruitier, du mari ou du tuteur.

Dans ces circonstances, la vileté du prix ne constituerait qu'une lésion, et le bail ne saurait être attaqué sous ce prétexte.

Ainsi et pour ce qui concerne le mineur, la Cour de cassation a implicitement jugé le 11 août 1818, que les baux consentis par le tuteur ne peuvent être annulés que dans le cas d'un concert frauduleux entre lui et les preneurs et préjudiciable aux mineurs.

Le 11 mars 1824, la même Cour jugeait que le bail consenti par l'usufruitier ne peut être attaqué pour cause de lésion résultant de la vileté du prix; que la fraude, en pareil cas, doit être prouvée, et que l'anticipation et la vileté du prix ne suffisent pas pour la faire présumer.

Dans cette espèce, une dame Delsauz, usufruitière d'un domaine appartenant au sieur Marmin pour la nue propriété, avait en 1812 affermé ce domaine au sieur Delsauz, son fils, pour le terme de neuf ans, au prix de 800 fr. l'an. Elle décède en 1820.

En 1821, Marmin ayant réuni l'usufruit à la nue propriété, veut entrer en jouissance de son domaine. Delsauz fils lui oppose un nouveau bail consenti à son profit par sa mère quelque temps avant sa mort. Marmin soutient que ce bail par anticipation est évidemment fait en fraude de ses droits; il allègue que le prix est de plus de moitié inférieur à la valeur réelle du fermage. Une expertise judiciairement ordonnée constate une différence en moins d'un tiers.

14 décemdre 1821 jugement du tribunal civil de Boulogne qui annule le bail; considérant que l'art. 601 impose à l'usufruitier l'obligation de jouir en bon père de famille; que l'usufruitier qui loue à vil prix n'agit pas en bon père de famille; qu'il abuse du droit que la loi lui accorde, ce qui rend le bail qu'il passe susceptible d'être résilié à la fin de l'usufruit; que s'il en était autrement il s'ensuivrait que l'usufruitier qui, par affection pour le locataire, donnerait à bail pour 1,000 francs un immeuble qui en vaudrait 5 ou 6,000 de loyer, obligerait le propriétaire à l'entretien de ce bail après la cessation de l'usufruit, ce qui serait contraire à toutes les règles de la justice.

Mais sur l'appel ce jugement est réformé. La Cour de Douai considère qu'en principe un bail, soit qu'il ait été consenti par le propriétaire, soit qu'il ait été passé par l'usufruitier, n'est pas attaquable du chef de lésion pure et simple; que s'il peut être attaqué du chef de dol et de fraude, cette fraude ne se présume pas, *et n'est pas même alléguée par l'intéressé;* qu'au contraire tout bail passé par l'usufruitier lui-même est réputé passé de bonne foi, puisque personne ne peut vouloir se faire un tort personnel et volontaire.

Vainement Marmin se pourvut-il contre l'arrêt. La Cour régulatrice rejette son pourvoi sur le motif que la Cour de Douai constate en fait que la fraude n'a pas même été alléguée.

La Cour de cassation se considère donc comme liée par cette constatation de fait. Cependant elle a maintes fois jugé qu'elle peut et doit contrôler cette constatation, et n'en tenir aucun cas lorsque le contraire résulte des faits et documents du procès.

Or en fait dans l'espèce, comment admettre que la fraude n'avait pas même été alléguée, lorsque la demande en nullité alléguait que le bail avait été fait en fraude du nu propriétaire?

Il est vrai que cette allégation ne s'étayait que sur la vileté du prix, Mais cette circonstance qui, dans un cas ordinaire, ne constituerait qu'un reproche de lésion, acquérait dans l'espèce une énorme gravité de la qualité des parties en l'acte de bail.

Lorsque le preneur est étranger au bailleur, le seul fait de la vileté du prix ne saurait faire présumer la fraude, parce que ce dernier serait le premier à en souf-

frir, et que personne ne peut vouloir se faire à soi-même un tort plus ou moins considérable.

Mais est-ce que la mère qui loue à son fils a à souffrir de l'avantage qu'elle fait à celui-ci? Le fils ne trouverait-il pas dans la succession le juste prix que sa mère aurait exigé de lui?

En réalité donc, la vileté de ce prix n'est qu'un avancement d'hoirie, qu'un avantage indirect qui, peut-être, dispense la mère de venir directement, et sur son patrimoine personnel, au secours de son fils.

Obliger le nu propriétaire à continuer cet état de choses après la cessation de l'usufruit, alors surtout que le renouvellement anticipé du bail démontre l'intention d'en faire survivre l'effet à l'usufruit, c'est, comme le disait le tribunal, blesser toutes les règles de l'équité et de la justice.

Que le père ou la mère veuille favoriser son fils, fût-ce au dépens du nu propriétaire qui lui est étranger, c'est ce qu'il est facile et naturel de supposer. Quant à nous nous n'hésiterions pas à accepter comme réalisant cette intention le concours de l'anticipation et de la vileté du prix.

Nous allons plus loin encore, et nous déclarerions nul et de nul effet le bail consenti au profit du fils sous le nom d'une personne interposée. La preuve de cette interposition établirait la fraude d'une manière péremptoire et sans réplique.

1002 bis. — Les principes applicables aux maris, tuteurs et usufruitiers, régissent les baux faits par ceux qui ne possèdent les biens que sous condition résolutoire. La légitimité du droit dans l'intervalle de sa constitution à l'événement qui le révoque, assure le maintien de son

exercice. *Quæ semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt*[1].

Ainsi les baux consentis par un grevé de substitution; ceux consentis par le légataire conditionnel, ceux de biens qui rentreront en la possession du donateur en vertu du droit de retour, devront être respectés. Ils ne seraient annulés que par la preuve de la fraude, et la charge de cette preuve incombe à celui qui poursuit cette nullité.

En est-il de même pour les baux consentis par l'adjudicataire d'un immeuble qui en a été dépossédé par folle enchère?

On ne voit pas le motif qui ferait résoudre négativement cette question. Les baux, en effet, ne sont que des actes d'administration, et la capacité de consentir ces actes ne saurait être constestée à celui qui au moment de leur accomplissement est en possession légale des immeubles qu'il afferme. Or que l'adjudicataire ait cette possession à partir du jugement qui lui confère les biens par lui enchéris, c'est ce qui ne saurait être sérieusement contesté.

Sans doute la folle enchère qu'il subira plus tard fera qu'il n'aura jamais été propriétaire. Mais ce résultat qui entraînerait la révocation des aliénations, ne saurait influer sur l'administration qui n'a jamais pu être suspendue.

La Cour de Bourges avait méconnu ces principes et jugé, le 24 mai 1823, que l'acquéreur sur folle enchère n'est pas tenu d'exécuter les baux faits par le précédent adjudicataire au profit d'un tiers de bonne foi.

[1] L. 85, ff. *De reg. juris.*

Mais cet arrêt, ayant été dénoncé à la Cour de cassation, était cassé le 16 janvier 1827. Ce que la Cour régulatrice induit de l'art. 1183 du Code Napoléon, c'est que par sa première disposition il annule les actes de disposition, mais qu'il valide par la seconde les actes d'administration qui étaient la conséquence du droit soumis à la condition résolutoire. Que ce qui se réalise pour les baux consentis par le mari, le tuteur ou l'usufruitier doit être admis pour ceux faits par l'adjudicataire qui, lui aussi, est propriétaire apparent, possesseur de bonne foi, et administrateur nécessaire des biens qu'il a acquis.

Cette doctrine d'un exactitude juridique incontestable est celle à laquelle se sont ralliés les auteurs et la jurisprudence[1].

Ainsi la Cour de Paris, par application du principe, jugeait, le 19 mai 1835, que les baux faits de bonne foi et sans fraude par l'adjudicataire d'un immeuble, doivent, quelle que soit leur durée (quinze ans dans l'espèce), recevoir leur exécution, nonobstant la résolution du droit de cet adjudicataire, opérée par la revente sur folle enchère.

La Cour de Paris a persisté dans sa jurisprudence. Elle décidait une fois encore, le 11 mai 1839, qu'on devait malgré la folle enchère, maintenir un bail de quinze ans fait par l'adjudicataire primitif de bonne foi et sans fraude. A l'argument que puisque cet adjudicataire est assimilé au mari, au tuteur, à l'usufruitier, on devait limiter son droit quant aux baux à neuf ans, comme on le fait pour ceux-ci. L'arrêt répond qu'on ne saurait imposer au pre-

[1] Duvergier, *Louage*, nos 84, 85 et suiv : — Bioche et Goujet, *Dict. de procéd.*, vo *Folle enchère ;* — Troplong. *Louage*, no 100.

mier la limite tracée à ces derniers qui doivent savoir qu'ils n'ont qu'une administration temporaire, tandis que l'adjudicataire, lui, doit se croire propriétaire pour toujours [1].

Le même arrêt décide qu'il suffit, pour que le bail soit respecté et maintenu, que le preneur ait été de bonne foi. Vainement donc prouverait-on la fraude de la part de l'adjudicataire, si on n'établissait en même temps la complicité du preneur. Celui-ci ne saurait dans aucun cas être puni d'un fait auquel il serait étranger.

Cette distinction est essentielle. Ainsi il y a fraude de la part de l'adjudicataire qui consent le bail dans l'intervalle de la poursuite en folle enchère au jugement; mais l'ignorance du preneur à ce sujet ferait maintenir le bail en ce qui le concerne.

Le principe applicable en cas de dépossession par folle enchère, régit à plus forte raison celui de dépossession par surenchère [2].

Dans tous les cas, l'existence de la fraude et de son imputabilité aux deux parties est laissée à l'arbitrage souverain du juge. Elle peut être établie par témoins et par présomptions.

1003. — La fraude du propriétaire qui loue successivement la même chose à deux personnes, ou qui, ayant loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente, n'est pas douteuse. Dans la première hypothèse, l'un des preneurs se verra dans l'impossibilité de jouir de la chose. Il est évident qu'on ne saurait lui refuser la

[1] *J. du P.*, I, 1839, 585.
[2] Duvergier, *loco citato*.

résiliation du bail et l'allocation de dommages-intérêts. Le juge serait d'autant plus sévère, que cette allocation aurait pour cause la mauvaise foi la plus évidente.

Dans la seconde hypothèse, la fraude n'existerait et ne serait préjudiciable que si, au moment de la vente, le bail avait encore plusieurs années à courir. Il est évident que, s'il s'agissait d'un bail annuel dont l'exécution a précédé la vente, l'acquéreur ne pourrait évincer le fermier actuel qu'à la fin de l'année et conformément aux usages de la localité [1].

1004. — Si la vente est réalisée avant l'entrée en jouissance du preneur, le silence gardé par le vendeur sur l'existence du bail dispenserait l'acheteur de l'obligation de l'exécuter. Le refus de celui-ci anéantirait le bail, mais laisserait à la charge de l'ancien propriétaire les dommages-intérêts que la résiliation forcée du contrat ferait naître. Il en serait de même si l'acquéreur congédiait le fermier dont le bail devait se prolonger au delà de l'année. Vainement le bailleur exciperait-il de sa bonne foi. Il dépendait de lui de rendre le bail obligatoire dans l'un et l'autre cas, en faisant un devoir pour l'acquéreur.

* [1] Quand un bail, qui n'a pas acquis date certaine avant la vente, a reçu un commencement d'exécution par l'entrée en jouissance du preneur, l'acheteur, que l'art. 1750 du Code civil dispense de l'obligation de payer à celui-ci des dommages-intérêts, n'a pas cependant le droit de l'expulser de suite. Il est obligé, pour faire cesser sa jouissance, de donner un congé au terme fixé par l'usage des lieux, s'il s'agit d'un bail à loyer, et de le laisser en jouissance jusqu'à l'expiration des délais déterminés dans l'art. 1774, s'il s'agit d'un bail à ferme. — Pothier, *Louage*, n° 297 ; Duranton, XVII, 144 ; Duvergier, I, 546 ; Troplong, 11, 505 ; Marcadé, sur l'art. 1750, n° 1 ; Aubry et Rau, IV, § 369, p. 502. — *Voy.* cependant Laurent, XXV, 389.

Le silence gardé envers celui-ci ne peut être que volontaire. Il est donc exclusif de toute bonne foi.

1005. — L'obligation d'assurer au preneur la jouissance de la chose louée entraîne, comme conséquence, celle de délivrer la chose au temps convenu; celle de l'entretenir de manière que la jouissance en soit possible; celle, enfin, de garantir les vices qui la rendraient impropre à sa destination.

La délivrance est en matière de louage ce qu'elle est dans la vente sous une destination différente. Conséquemment, nous nous en référons aux règles que nous avons exposées pour celle-ci.

1006. — L'art. 1720, spécial pour le louage, fait une obligation au bailleur de délivrer la chose en bon état de réparations de *toute espèce*, ce qui comprend les réparations locatives demeurants après la livraison et pendant la durée du bail, à la charge du preneur. Il est évident, en effet, qu'on ne pouvait imposer à celui-ci des réparations dont la cause lui est étrangère. dès que leur nécessité a préexisté à sa jouissance de la chose.

1007. — De là il résulte que si le mauvais état d'entretien a été dissimulé à l'aide de quelques réparations superficielles destinées à masquer plutôt qu'à améliorer l'état des lieux, le preneur pourrait contraindre à l'exécution franche et entière des prescriptions de l'art. 1720 et, à défaut, obtenir la résiliation du bail.

Cette résiliation s'explique par l'intérêt du preneur. Les réparations locatives non réalisées au moment de l'entrée en jouissance seraient plus tard à sa charge. D'ailleurs, plus la chose est en état, et moins il y aura

d'occasions de la réparer. Donc, sous ce double rapport, l'intérêt du preneur est évident.

1008. — Vainement le bailleur, pour se soustraire à l'art. 1720, prétendrait-il que la chose ayant été visitée avant de traiter, le preneur a accepté l'état des choses dont il se plaint; qu'il a eu, d'ailleurs, lui-même tort de la louer telle qu'elle se trouve. On lui répondrait, avec raison, que la fraude ne pouvait se prévoir; que la chose paraissait en bon état d'entretien au moment de la visite et que cette apparence devait suffire; que le preneur avait d'autant moins le devoir de l'approfondir, que l'art. 1720 la lui garantissait en quelque sorte; qu'ainsi, loin de renoncer au bénéfice de cet article, il se l'est d'autant plus réservé, qu'il n'a traité que parce qu'il l'a cru acquis.

Ainsi, aucune fin de non-recevoir ne saurait résulter de la visite de la chose louée. La demande du preneur, en exécution de l'art. 1720, devrait être accueillie si elle était fondée, à plus forte raison le serait-elle si les réparations dolosives étaient postérieures à la visite.

En cas d'inexécution, le bail pourrait être résilié, mais il peut se faire que cette résiliation n'entre pas dans les convenances du preneur. Ce cas se réalisant, celui-ci se fera autoriser à faire lui-même les réparations, dont la nécessité sera constatée, aux frais du bailleur; le remboursement de la dépense pourra être immédiatement exigible ou être compensé avec les loyers à échoir, au gré du preneur.

La Cour de Rennes a même jugé, le 22 décembre 1824, que, lorsque le bailleur n'a pas délivré la chose en état de réparations de toute espèce, et que pendant le cours du bail il ne les a pas fait faire, le preneur a le

droit de lui demander des dommages-intérêts à l'expiration du bail, sans que le bailleur puisse lui objecter qu'il n'a pas été mis en demeure de faire les réparations qui étaient nécessaires, la mise en demeure résultant suffisamment de l'art. 1720 du Code Napoléon.

Il est possible que les faits particuliers de l'espèce, que le *Journal du Palais* ne fait pas connaître, autorisassent cette solution, qui en thèse se justifie difficilement à notre avis.

L'art. 1720 impose une obligation au bailleur, confère un droit au preneur. Mais le bénéficiaire d'un droit est toujours libre de renoncer à l'exercer, et il n'a pas besoin de le faire expressément. Sa renonciation peut être tacite.

Or, comment ne pas voir cette renonciation tacite dans le silence gardé pendant toute la durée du bail. L'obligation imposée au bailleur par l'art. 1720 est de faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée pendant toute la durée du bail; de l'entretenir en état de servir à l'usage auquel elle est destinée et pour lequel elle a été louée. Evidemment donc la loi suppose que l'exécution en sera réclamée soit au moment de l'entrée en jouissance, soit pendant la durée. Conséquemment attendre l'expiration du bail pour réclamer cette exécution, c'est s'y prendre un peu tard, et agir précisément au moment où on n'a plus aucun intérêt à le faire.

Les dommages-intérêts ne sont que la peine du retard ou du refus du bailleur à remplir le devoir qui lui est imposé. Donc si le preneur n'a plus d'intérêt et par conséquent de qualité pour en contraindre l'accomplissement, il n'y a plus possibilité de retard ou de refus, et partant lieu à aucuns dommages-intérêts.

A la plainte du preneur que sa jouissance n'a pas été ce

qu'elle devait être, on répondra qu'il l'a acceptée telle quelle ; que son silence pendant toute la durée du bail prouve qu'en supposant que les réparations fussent nécessaires, elles n'étaient pas indispensables ; qu'enfin leur défaut était si peu de nature à diminuer sa jouissance, qu'en fait cette jouissance s'est continuée sans réclamation de sa part. En matière de baux comme en toutes autres, *Volenti non fit injuria.*

Nous ne comprendrions donc le système de la Cour de Rennes, que si le silence du locataire était le résultat d'engagements successifs, de promesses fallacieuses et jamais tenues.

1009. — Le défaut de délivrance de la chose louée peut entraîner la résiliation du bail ; cette possibilité ne saurait être invoquée par le bailleur, qui, manquant à un devoir essentiel, ne pourrait se soustraire à la résiliation que le preneur demanderait.

1010. — Mais ce dernier ne saurait jamais être contraint à subir malgré lui la résiliation. La demander est pour lui une faculté et non une obligation ; s'il croit la délivrance de la chose possible, si elle convient mieux à ses intérêts, il a le droit de forcer le bailleur à la réaliser, et, le jugement obtenu, il peut se faire mettre en possession *etiam manu militari.* Telle est la nature de l'action qui lui est ouverte et que le droit romain qualifiait d'*actio conducti*, ou *ex conducto*, et dont les effets se sont continués sous l'empire du droit qui nous régit [1].

[1] V. Troplong, nos 172, 173 et suiv.

1011. — La délivrance opérée et le preneur entré en jouissance, toutes les réparations locatives restent à sa charge. Ces réparations sont présumées la conséquence de la jouissance et nécessitées par sa faute ou par celle de sa famille [1].

1012. — Mais il n'en est pas de même des réparations nécessaires pour conserver à la chose la destination qui lui a été affectée. Le propriétaire, retirant les fruits civils de la chose, est naturellement tenu de maintenir celle-ci en état d'être jouie par le preneur. Tout ce qui porte atteinte à cette jouissance, tout ce qui s'oppose à ce qu'elle s'exerce librement et d'une manière complète, est une violation de l'obligation imposée au bailleur. Il appartient donc uniquement à celui-ci d'y remédier, et cela pendant toute la durée du bail.

Le propriétaire est donc tenu de faire cesser le trouble, dès qu'il est mis en demeure de le faire. Il est responsable du refus ou du retard qu'il mettrait à faire cesser un état des choses préjudiciable au preneur, qui pourrait dès lors le faire condamner non seulement à faire les réparations, mais encore à des dommages-intérêts pour le préjudice éprouvé depuis la mise en demeure.

1013. — Dans sa sollicitude pour les droits de chacun, le législateur a cru devoir régler le mode et la durée des réparations. S'il était raisonnable que le preneur dût souffrir la privation de jouissance résultant de la nécessité d'une réparation plus ou moins importante, il ne fallait pas que le bailleur pût, au gré de ses caprices, pro-

[1] Pothier, n° 107.

longer la durée des travaux et aggraver par sa négligence la position du bailleur. De là la disposition de l'art. 1724 réglant souverainement les droits et les devoirs de chacun.

1014. — L'existence d'un vice caché, rendant la chose impropre à sa destination, engage la responsabilité du bailleur tenu à la garantie. Il résulte des termes de l'art. 1721 que cette garantie ne s'entend que des vices empêchant la jouissance. Conséquemment, si le preneur n'excipait que d'une incommodité, l'art. 1721 serait inapplicable, il ne pourrait en invoquer le bénéfice [1].

1015. — Les effets de la garantie édictée contre le bailleur sont :

En première ligne, la résiliation du bail; l'ignorance absolue et complète de l'existence du vice ne saurait, aux termes de l'art. 1721, empêcher ce résultat. Il est évident, en effet, que dès que la chose ne peut, par une cause quelconque, recevoir la destination que le preneur lui affectait au vu et au su du bailleur, le bail doit cesser d'exister, on ne saurait équitablement exiger le prix d'une jouissance ne pouvant se réaliser.

1016. — En deuxième ligne, l'allocation de dommages-intérêts en faveur du locataire, si le locateur a connu avant le bail le vice dont la chose était affectée. La dissimulation du bailleur est plus qu'une fraude, elle constitue un dol véritable. L'appréciation de la réparation due au preneur se ferait donc sur les bases édictées par l'art. 1151 du Code civil.

[1] Voy. Pothier, *Louage*, n° 110.

1017. — En troisième ligne, et dans tous les cas, la réparation de la perte matériellement éprouvée par le preneur.

Cette solution, que le sens littéral des termes de l'article 1721 renferme évidemment, nous paraît dictée par la plus saine équité. En effet, si le propriétaire et le locataire se sont trompés et qu'ils aient l'un et l'autre ignoré le vice de la chose, il ne faut punir ni l'un ni l'autre; mais si ce vice a occasionné un préjudice, comment condamnera-t-on le preneur à subir? Où est la faute qu'il a commise? Devait-il connaître ce que le propriétaire ignorait? Mais cette faute n'est-elle pas celle de ce propriétaire? N'est-elle même pas plus grave chez lui que chez le preneur, puisqu'en sa qualité il avait bien d'autres moyens que celui-ci de connaître la vérité?

En l'état donc, mettre à la charge de ce propriétaire la perte que le vice de la chose a déterminée, c'est faire à chacun la part qui lui est due, rappelons-nous cet adage de notre ancien droit : *Il n'y a pas à hésiter entre celui qui s'est trompé, et celui qui souffre.* Or, évidemment celui qui s'est trompé dans l'espèce, c'est le propriétaire; celui qui souffre, c'est le locataire.

1018. — Telle n'est pas cependant la solution à tirer de l'art. 1721, d'après M. Troplong. Cet éminent jurisconsulte pense que le bailleur ignorant du vice ne doit supporter ni dommages-intérêts, ni pertes quelconque, il enseigne que la perte doit rester pour compte du preneur.

M. Troplong invoque d'abord le principe développé par Ulpien, dans la loi 19 § 1, Dig., *De locat. conduct.* Se fondant ensuite sur l'affinité incontestable entre la

vente et le louage, il fait application à celui-ci de l'article 1646, et il conclut que le bailleur ayant ignoré le vice n'est tenu de restituer que ce qu'il a reçu et à supporter les frais de louage.

1019. — Quelque profond que soit notre respect pour le savant auteur dont nous rappelons l'opinion, quelque considérable que soit son autorité, nous devons le dire, les motifs sur lesquels il fonde sa doctrine ne nous ont pas convaincus, sa doctrine elle-même nous a paru méconnaître l'esprit et la lettre de l'art. 1721.

Nous repoussons le recours au droit romain par un double motif : d'abord parce que la décision d'Ulpien ne nous paraît pas aussi décisive que le soutient M. Troplong; ensuite, parce qu'en la supposant telle, elle devrait rester aujourd'hui sans autorité, le Code civil ayant adopté une doctrine contraire.

Nous nous bornerons, sur le premier point, à faire remarquer qu'Ulpien refuse d'une part les dommages-intérêts, et de l'autre le droit d'exiger les loyers : *Aliter atque ei saltum pascuum locati,* **in quo herba mala** *nascebatur. Hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest prestabitur* **si scisti,** *si* **ignorasti** *pensionem non petes.*

Ainsi, pas de doute, le preneur ne pourra exiger des dommages-intérêts, ni le bailleur exiger le prix de la location. Cela exclut nécessairement la faculté pour le premier d'exiger le remboursement de la perte qu'il a essuyée ?

On pourrait admettre le contraire. En droit romain, les dommages-intérêts s'entendaient d'un double élément : la perte éprouvée, le gain dont on était privé

damnum emergens, lucrum cessans. Proscrire l'ensemble, ce n'est pas exclure nécessairement le droit d'exiger séparément l'un de ces deux éléments. Conséquemment être placé dans l'impossibilité d'exiger des dommages-intérêts, n'entraîne pas l'interdiction de poursuivre la réparation de la perte.

Nous le croyons avec d'autant plus de fondements que, pour décider le contraire, il faut admettre que le preneur a fait faute, et c'est ce que lui reproche M. Troplong. Le preneur, dit-il, a à s'imputer d'avoir ignoré la nature de la chose qu'il loue. Mais un pareil reproche peut-il être fondé lorsqu'il s'agit d'un vice tellement caché, que ce n'est que par la jouissance elle-même qu'il doit se décéler; que le propriétaire a pu ignorer, lui qui possède la chose depuis longues années peut-être! lui qui doit aussi connaître la chose dont il dispose, car si le preneur doit savoir qu'elle est la chose qu'il reçoit, il est juste que le bailleur sache qu'elle est la chose qu'il donne; si l'erreur est concevable chez l'un, elle est concevable chez l'autre, il faut donc les placer l'un et l'autre dans la position qu'ils avaient avant le bail, et dès lors obliger le propriétaire à indemniser de la perte, tout en imposant au locataire la privation du bénéfice qu'il eût pu réaliser.

Quoi qu'il en soit, en droit romain, de la jeunesse de cette doctrine, tout doute disparaît sous l'empire du Code, en présence de l'art. 1721 : Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, *quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.* » Voilà le principe nettement et formellement posé. Remarquons tout de suite combien il s'éloigne de celui formulé par Ulpien : *Si ignorasti, pensionem non petes.* Il serait singulier qu'à travers une op-

position si tranchée dans les textes, les deux législations dussent arriver au même résultat.

Donc le bailleur doit garantie, même lorsqu'il a ignoré les vices ou défauts de la chose; quels seront les effets de cette garantie? L'art. 1721 nous l'enseigne immédiatement : s'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser. Or cette disposition n'est évidemment édictée que dans l'hypothèse de l'ignorance du bailleur, car, s'il avait connu le vice, ce n'est pas l'indemnité de la perte qu'il devrait. La dissimulation dont il aurait usé, constituant un dol, l'obligerait à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à supporter la perte dans les proportions de l'art. 1151 et à tenir compte, sur les mêmes bases, du gain dont le preneur aurait été privé.

M. Troplong reconnaît lui-même l'évidence du sens littéral de l'art. 1721, mais il soutient que l'aperçu qui en dérive est trompeur. Pourquoi? Parce qu'il existe une grande affinité de principes entre le louage et la vente. Or, pour celle-ci, l'art.1646 borne l'obligation du vendeur au remboursement du prix et des frais de la vente. Pourquoi en serait-il autrement pour le louage, alors que le droit romain est précis à cet égard?

Nous sommes loin de méconnaître l'affinité réelle existant entre le louage et la vente. Mais toute la conclusion que nous en tirons, c'est que, dans le silence du Code, c'est par les principes applicables à la vente qu'on doit résoudre les difficultés offertes par le louage. Dès lors, c'est à l'art. 1646 que nous demanderions les devoirs à remplir par le bailleur ignorant les vices de la chose, si la législation spéciale au louage ne s'était pas formellement expliquée. Or l'art. 1721 fournit à notre avis cette expli-

cation, et il la donne autre que celle de l'art. 1646. Dès lors on ne peut, sous prétexte d'affinité, se soustraire à un texte clair, précis et positif.

Pourquoi la loi a-t-elle voulu pour le louage le contraire de ce qu'elle a prescrit pour la vente? Nous n'avons pas à scruter la pensée du législateur, il suffit que sa volonté soit expressément énoncée, pour que tout s'empresse de courber la tête. Qu'on tente de la faire corriger, si on la croit mauvaise, c'est un droit dont l'exercice n'a rien que de très-légitime; quand à nous, nous l'avons déjà dit, la prescription de l'art. 1721 nous paraît dictée par les plus saines notions d'une exacte justice. Nous croyons d'ailleurs que l'obligation du vendeur, de s'assurer de la qualité et de la nature de ce qu'il achète, est beaucoup plus grave que celle du locataire à l'endroit de la chose qu'il loue; que, d'autre part, le locateur est, bien plus que le vendeur, tenu de connaître la chose qui fait la matière de la location ou de la vente, c'est ce que Zachariæ exprime en ces termes : La raison en est que celui qui loue une chose pour un usage convenu doit savoir si elle y est propre et garantir non seulement cet usage, mais encore les conséquences qui peuvent en résulter [1].

Ainsi le bailleur doit garantie des vices ou défauts cachés, quand même il les eût ignorés; cette garantie a pour effet non pas de le soumettre à des dommages-intérêts, mais de l'obliger à indemniser le preneur de la perte que les vices cachés ont entraîné. L'art. 1646 est sans application au louage, l'art. 1721 ayant édicté pour celui-ci une règle spéciale.

C'est ce que la Cour de cassation a formellement dé-

[1] Tom. III, pag. 8.

cidé le 30 mai 1837 [1]. C'est ce qu'enseignent plusieurs auteurs recommandables [2].

1020. — Le bail confère au preneur le droit de jouir de la chose louée pendant la durée du terme convenu, il en retire par conséquent tous les fruits, tant naturels qu'industriels ou civils. Il est à l'instar du propriétaire lui-même, il peut donc faire, à raison de cette jouissance, tout ce qu'il trouve utile ou convenable à ses intérêts.

Toutefois, cette faculté ne s'applique qu'à l'usage commun, qu'à la jouissance accoutumée des produits ordinaires de la chose [3]. Tout ce qui sort de cette catégorie, tout ce qui ne peut être recueilli sans porter atteinte à la substance de la chose demeure personnel au propriétaire, qui seul a le droit d'en disposer. Ainsi les mines et carrières existant sur la propriété, ouvertes ou non au moment du bail, ne pourraient être exploitées par le preneur que si la convention lui en conférait expressément la faculté.

[1] D. P., 37, 1, 409.

[2] Zachariæ, *loco citato*; — Delvincourt, t. III, pag. 191, notes.

* *N. B.* MM. Aubry et Rau enseignent que les vices ou défauts qui sont de nature à empêcher l'usage de la chose louée et dont le bailleur répond, alors même qu'il ne les aurait pas connus, autorisent le preneur à demander une diminution de prix, ou suivant les cas, la résiliation du contrat; que si de pareils défauts, existants déjà lors de la passation du bail, avaient occasionné au preneur, indépendamment de la diminution de jouissance, quelque perte matérielle, il aurait droit, en outre, à des dommages-intérêts, *que ces défauts aient ou non été connus du bailleur*. L'opinion contraire, professée par Duranton, XVII, 63, Duvergier, I, 341, Troplong, II, 194, semble être repoussée par le texte même de l'art. 1721. *Voy.* Aubry et Rau, IV, § 366, texte et note 16, p. 477.

* [3] Le preneur a le droit d'user et de jouir de la chose donnée à bail, selon la destination pour laquelle elle a été louée.

L'exploitation, en l'absence d'une clause d'autorisation, serait un abus et une fraude que le propriétaire aurait le droit d'interdire pour l'avenir, avec dommages-intérêts pour le passé.

1021. — Le droit de louer est un des attributs de la jouissance. Il passe conséquemment au preneur pouvant toujours sous-louer, à moins que le contrat le lui interdise.

Ce principe, consacré par l'art. 1717 du Code civil, a été méconnu par un arrêt de la Cour de Paris, du 28 juillet 1825, jugeant : que la concession du droit d'exploiter une mine de plâtre ne peut, dans le silence du contrat sur le droit de sous-louer, être valablement transmise à un tiers par le concessionnaire [1]. Les motifs de cet arrêt se fondent sur les lois spéciales aux carrières et mines, sur la responsabilité qu'elles font peser sur le propriétaire. De là on conclut que celui-ci, en concédant la faculté d'exploiter, ne l'a fait qu'en considération de la capacité et de l'aptitude du preneur ; qu'en conséquence le bail est personnel et que la cession qui en est faite, constituant l'abandon de l'exploitation, il y a lieu de résilier le contrat.

Cette doctrine ne tend à rien moins qu'à créer une distinction que la loi proscrit. Toute jouissance est dans le cas d'être cédée, surtout lorsqu'elle est purement industrielle, car, dans cette hypothèse, le preneur a pu ne vouloir faire qu'une spéculation en sous-louant plus cher qu'il n'a lui-même loué. D'ailleurs, l'art. 1717 est général et absolu, c'est donc le violer que de lui refuser ce ca-

[1] Dalloz, 25, II, 218.

ractère. L'objection que le bailleur n'a eu en vue que la capacité et l'aptitude du preneur, est détruite par le contrat lui-même, car, si telle avait été la cause déterminante du bail, on en trouverait la preuve dans l'interdiction de sous-louer que la loi permet de stipuler. Le silence des parties sur ce point exclut toute idée de personnalité dans le bail.

Qu'importe, d'ailleurs, la responsabilité que les lois spéciales font peser sur le propriétaire des mines ou carrières. En aliénant l'exploitation en faveur d'un tiers, ce propriétaire a assumé la responsabilité des actes de celui-ci, mais il a contre lui un recours qui lui a paru suffisant. Ce recours n'est nullement affaibli par la sous-location, puisque le preneur primitif reste garant envers le bailleur des faits de celui qu'il s'est substitué. Dès lors il n'y a rien de changé par la sous-location, il n'y a qu'une garantie de plus pour le propriétaire. On ne saurait dès lors punir le preneur qui a usé d'une faculté légale et résilier un bail qui n'a pas cessé d'exister tel qu'il a été consenti.

Que si le mode de jouissance adopté par le sous-preneur est abusif et nuisible pour le propriétaire, celui-ci a le droit soit de faire cesser les abus, soit de poursuivre la résiliation. Vainement le preneur primitif prétendrait-il que les actes dont on se plaint ne sont pas de son fait ; on lui répondrait victorieusement qu'il est censé avoir fait lui-même ce que son représentant a accompli, qu'il doit, dès lors, être condamné, sauf son recours contre le sous-locataire.

Ainsi, en principe, la faculté de sous-louer est inhérente au contrat du louage. Mais la loi permet d'y déroger. L'absence d'une clause formelle dans l'acte de bail,

laisse dans tous les cas au preneur le droit d'user de cette faculté [1].

1022. — Mais si le bail a prohibé cette faculté, le preneur ne pourra, sous aucun prétexte, se soustraire à la prohibition; il sera tenu d'exploiter lui-même la chose louée; la sous-location qu'il en ferait serait considérée comme un abandon illégal et frauduleux de la jouissance, et entaînerait dès lors la résiliation du bail avec dommages-intérêts [2].

1023. — Le sous-locataire, évincé par l'effet de la résiliation, pourrait-il exiger des dommages-intérêts de la part de son bailleur? A cet égard une distinction nous paraît indispensable : ou le locataire a été trompé, ou il a été imprudent. Dans le premier cas, il lui est dû des dommages-intérêts, qui lui seraient refusés dans le second.

Le sous-locataire a été trompé, lorsque l'existence du bail primitif lui a été dissimulée. Nous n'entendons pas par là qu'il faille que le sous-locateur se soit faussement attribué la qualité de propriétaire, il suffirait que tout en prenant la qualité de locataire, il eût placé la partie avec laquelle il traite dans l'impossibilité de vérifier la sincérité du droit qu'il exerce, c'est ce qui se réaliserait s'il avait caché l'existence d'un bail écrit, prétendant qu'il était le locataire verbal. On comprend dans ce cas qu'au-

* [1] Voy. Toutefois art. 1763 et 1764 C. civ.

* [2] La clause qui interdit la faculté de céder le bail ou de sous-louer est toujours de rigueur, art. 1717, 3e alin. — *Voy.* sur ce point Merlin, *Rép.* v° Sous-location, n° 2; Duvergier, I, 364. Civ. cass. 12 févr. 1812; 12 mai 1817.

cun reproche fondé ne pourrait être adressé au sous-locataire, un bail verbal est exclusif de toute clause prohibitive d'une sous-location.

Si la sous-location a été faite par écrit, la dissimulation dont nous parlons sera de nature à être prouvée par l'acte même. Il est vrai que la qualité de locataire verbal peut avoir été prise pour éviter des droits éventuels d'enregistrement, mais le sous-locateur a le plus grand intérêt à se soustraire aux conséquences de cette dénomination. Il doit donc rapporter la preuve écrite que le sous-locataire n'a rien ignoré. Cette preuve résulterait de la remise de la convention primitive constatée par un récépissé signé du sous-locataire, ou de tout autre document écrit, émané de celui-ci.

Si la sous-location a été verbalement consentie, celui qui l'a acceptée pourra toujours alléguer et prouver qu'on lui a caché l'existence d'un bail écrit. Cette preuve pourra être fournie oralement, puisqu'il s'agit d'une dissimulation frauduleuse.

Le sous-locataire, qui a connu ou pu connaître la position réelle de son locateur, n'a droit à aucune allocation en cas d'éviction. Dans le premier cas, ou il s'est rendu complice de la fraude consommée par celui-ci, ou il a pris sur lui de courir les chances résultant de la prohibition de sous-louer; dans le second, il n'a pas fait ce qu'il devait faire. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il serait non-recevable à se plaindre d'une dépossession pouvant être facilement prévue au moment où il a traité.

Il en est de même si, sans avoir formellement connaissance de la prohibition de sous-louer, il a pu facilement la connaître, comme si le sous-bail mentionnait que le bailleur tenait les lieux en vertu d'un bail écrit.

Cette énonciation impose au sous-locataire le devoir de se faire représenter le bail pour en connaître les conditions. S'il manque à ce devoir, il se rend coupable de négligence et accepte imprudemment un fait dont il lui a été donné de soupçonner au moins la sincérité.

Imprudence ou négligence, la sous-location reste à ses périls et risques. A toutes ses réclamations on répondrait qu'il devait s'assurer de la condition de celui avec qui il contractait; qu'en ne le faisant pas, il a commis une faute dont il doit subir les conséquences, quelles qu'elles soient.

La prohibition de sous-louer est absolue et de rigeur, sa violation entraîne et doit faire prononcer la résiliation du bail. Il est évident dès lors que la convention a voulu conférer au preneur une jouissance purement personnelle. La sous-location faisant cesser cette jouissance, étant la violation la plus formelle des accords convenus, il y a lieu de les rétracter.

Il ne dépend donc plus du locataire d'empêcher cette résiliation, même en offrant d'indemniser, par des dommages-intérêts, du préjudice que la sous-location peut occasionner. Si l'on admettait une pareille offre, on violerait l'art. 1717, on donnerait à une seule partie le droit de faire au contrat des modifications ne pouvant se réaliser que par l'effet d'un consentement mutuel [1].

1024. — Cependant la nécessité de l'habitation, lorsqu'il s'agit d'une maison ou d'une ferme, n'est pas tellement personnelle, que le preneur ne puisse pas se faire représenter par des personnes de confiance et à ses gages.

[1] Cass., 26 janvier 1812.

On possède par son préposé comme par soi-même, et consentir à la prohibition de sous-louer, n'est pas aliéner la faculté de se choisir un représentant [1]. Mais, comme la fraude est ici fort voisine du droit, le bailleur a toujours le droit de prouver que la qualité conférée au tiers n'est qu'une ruse à l'effet d'éluder la prohibition [2].

1025. — La clause prohibitive de sous-location n'est pas violée lorsque cette sous-location n'est que l'accessoire d'une obligation légitimement contractée par le preneur. Ainsi, la vente d'un fonds de commerce est bien souvent inséparable de la cession du bail des lieux dans lesquels ce commerce est exploité. Dans cette hypothèse, la cession est forcée, car, sans elle, la vente du fonds ne se réaliserait pas. Vouloir l'empêcher serait placer le commerçant dans l'impossibilité de cesser des affaires qui peuvent être fort onéreuses pour lui et le condamner à continuer une profession que ses convenances, son intérêt et sa position lui font un devoir d'abandonner.

Induire de l'acceptation de la prohibition de sous-louer la renonciation à la faculté de vendre, c'est donner à la clause du bail une extension que ne comportent ni la raison, ni la justice. Pourra-t-on jamais supposer, en effet, que dans l'unique but de se soustraire à cette prohibition, le locataire ira vendre son fonds, abandonner son

[1] Bordeaux, 11 juin 1826.

*[2] Malgré l'existence de la clause qui interdit la faculté de céder le bail ou de sous-louer, le locataire d'une maison peut cependant la faire occuper par des domestiques, ou par des personnes de confiance (Duvergier, I, 366; Laurent, XXV, 221. — Peut-il en concéder temporairement la jouissance gratuite à un ami? Oui, selon Troplong I, 136; non, selon Duvergier, I, 367. — Cette dernière opinion nous paraît bien rigoureuse.

industrie et renoncer ainsi aux occupations de toute sa vie. Concluons donc que la vente d'un fonds de commerce peut autoriser, malgré le bail, la cession de la location sans laquelle la vente serait ou impossible ou extrêmement onéreuse.

1026. — Telle n'est pas cependant l'opinion de M. Duvergier. Rien, dit ce jurisconsulte, ne doit faire fléchir le principe de l'art. 1717, la faculté de céder le bail n'est pas intimement liée à celle de vendre le fonds. Le fût-elle, on n'en devrait pas moins obéir à la défense expresse de céder le bail, fallût-il en induire la prohibition de vendre le fonds [1].

1027. — Quelque rigoureuse que soit la prohibition de l'art. 1717, elle ne nous paraît pas autoriser une pareille conséquence. Dans l'esprit du législateur, cette disposition n'a de portée que pour les cas ordinaires et qui se réalisent le plus souvent. Tant que le preneur restera ce qu'il était au moment du bail, et qu'il s'agira de lui substituer un tiers, ce qui lui permettrait d'aller faire ailleurs ce qu'il faisait dans les lieux loués, le bailleur sera fondé à s'opposer à la substitution, alors même qu'elle lui serait avantageuse. L'art. 1717 n'admet plus qu'on exige un intérêt de la part du bailleur, il suffit que la prohibition ait été consentie pour qu'il puisse en réclamer le bénéfice et profiter de ses conséquences.

Conclure de là que le preneur s'est interdit la faculté de vendre son fonds de commerce, qu'il s'est privé de la faculté de sous-louer même dans l'éventualité de cette

[1] *Du louage*, tom. 1. n° 365.

vente, c'est supposer que les parties ont eu en vue un événement fort éloigné de leur pensée actuelle et qui n'a dû frapper ni l'une ni l'autre; et, dans tous les cas, si le bailleur y a songé, il eût dû s'en expliquer formellement. Son silence à l'acte prouverait qu'il n'a pas voulu, dans ses prévisions, aller au delà de celles pour lesquelles l'art. 1717 a été exclusivement édicté. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris [1].

1028. — La jouissance conférée au locataire diffère de celle du propriétaire, pouvant non seulement user, mais encore abuser de sa chose. Elle doit, dès lors, se restreindre dans les limites raisonnables et justes. C'est ce que la loi a exigé, en exprimant que l'administration du locataire devait être celle d'un bon père de famille.

Cette obligation entraîne, comme conséquence d'abord, de maintenir les lieux dans l'état où ils se trouvaient au moment de leur délivrance.

Ce n'est pas que le preneur ne puisse jouir autrement que le propriétaire et opérer dans ces sens des changements à la localité. L'obligation de rendre, à la sortie, les lieux dans l'état qu'ils étaient à l'entrée, rend l'exercice de cette faculté sans inconvénients pour le bailleur. Il ne pourrait donc réclamer, à moins d'excès devant occasionner un préjudice permanent et durable.

1029. — Mais la faculté de modifier les lieux ne va pas jusqu'à permettre d'en changer la destination [2].

[1] 16 février 1822.

* [2] A cet égard, un large pouvoir d'appréciation est laissé aux tribunaux, qui, pour reconnaître l'intention des parties sur la destination,

Toute substitution dans ce sens, accomplie sans l'aveu et l'autorisation du bailleur, est une fraude donnant ouverture à l'action en résiliation, alors surtout que la destination nouvelle est dans le cas de déprécier les lieux, soit sous le rapport matériel, soit sous le rapport moral.

Ainsi on ne peut, dans une maison bourgeoise, établir un café ou cercle, moins encore un cabaret ou un lieu de prostitution; convertir la maison en auberge ou l'auberge en maison, introduire une maison de jeux, appeler enfin une profession bruyante ou incommode dans les lieux destinés à un débit de marchandises.

1030. — Le locataire d'un établissement industriel quelconque est de plus obligé de l'exploiter activement jusqu'à la fin du bail. L'interruption occasionnée, soit par la cessation de commerce, soit par le transfert de ce commerce dans une autre localité, donnerait lieu à la résiliation du bail et à des dommages-intérêts. L'allocation serait beaucoup plus sévèrement calculée dans le second cas que dans le premier. En effet, la cessation du commerce peut tenir à des circonstances n'entachant en rien la bonne foi du preneur. Le second, au contraire, sera le plus souvent une spéculation sur la clientèle qu'on voudra contraindre de venir dans le nouvel établissement, la fermeture du premier les mettant dans l'impossibilité de continuer à s'y faire servir. On ne doit donc pas hésiter à réparer largement le préjudice qui en sera résulté pour le proprétaire des lieux abandonnés.

1031. — Faut-il, pour que la plainte en changement

s'attacheront surtout à la profession du preneur et à l'usage antérieur de la chose louée. Pothier, *Louage*, nº 189; Duvergier, I, 396.

soit recevable, que la destination des lieux ait été spécialement indiquée dans l'acte de bail ? Nous ne le pensons pas. Le mode de jouissance précédemment employé détermine ordinairement la destination ultérieure. C'est donc par les antécédents que doit se résoudre la difficulté. C'est aussi par la nature et la situation des lieux, car dans beaucoup de circonstances elles aideront puissamment à fixer la destination qu'on prétendra avoir été changée.

1032. — La profession du locataire peut fournir un moyen puissant d'appréciation. Celui qui a pris dans l'acte la profession de négociant, qui a toujours exercé son commerce dans le lieu de son habitation, sera facilement présumé n'avoir loué que pour continuer son industrie. Le bailleur ne pourrait donc plus tard s'opposer aux changements à faire aux lieux loués pour les mettre en état de servir à leur nouvelle destination. Son silence dans l'acte de bail, en présence de la double circonstance que nous venons d'établir, ferait admettre qu'il a consenti à ces changements.

Mais il en serait autrement si l'industriel avait toujours exploité son commerce dans un lieu autre que celui qu'il habitait; peu importerait, dans cette hypothèse, que le preneur eût pris dans l'acte la qualité que son industrie lui donne. D'une part, la certitude qu'il exploitait son commerce séparément de son habitation; de l'autre, la destination antérieure des lieux, constamment affectés à l'habitation, ferait considérer comme un changement frauduleux l'introduction dans ces lieux de l'exercice de sa profession.

1033. — La dissimulation par le preneur de sa véritable qualité ferait résilier le bail, lorsqu'il est certain que la connaisance de cette qualité aurait empêché le propriétaire de le consentir. Ainsi il a été jugé que le preneur qui s'annonce comme négociant fait une déclaration mensongère devant entraîner l'annulation du bail, s'il dissimule qu'il est cabaretier et logeur [1].

1034. — Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière, constitue-t-il un changement de destination devant autoriser le bailleur à faire résilier le bail ?

La négative ne saurait être douteuse. L'exploitation n'est que la conséquence naturelle et légitime du bail. Elle doit nécessairement se placer au niveau des besoins du preneur. Elle suit donc la chance plus ou moins heureuse du commerce entrepris par lui. En conséquence elle ne saurait être gênée, alors qu'aucune limite n'a été stipulée dans l'acte.

C'est ce que la Cour de Grenoble a en quelque sorte reconnu par arrêt du 5 mars 1835, repoussant le prétendu changement de destination allégué par le bailleur.

Mais le même arrêt condamne le preneur à des dommages-intérêts à l'égard du bailleur, pour indemniser celui-ci du développement que l'exploitation avait reçue. Nous pensons avec M. Duvergier que cette solution ne se justifie en droit par aucun motif plausible.

Dans l'espèce de cet arrêt, une carrière de pierres moellons avait éte donnée à bail. Longtemps avant le contrat, le projet d'agrandir la ville de Grenoble et d'en

[1] Bordeaux, 1er mars 1828.

reculer les fortifications avait été conçu. Des plans avaient été dressés et le tout était soumis à l'approbation du Gouvernement.

Postérieurement au bail, ce projet fut mis a exécution, et dès lors des fournitures considérables furent faites par les fermiers de la carrière.

En cet état, réclamation du propriétaire. Il soutient que la réalisation de l'agrandissement de la ville est un fait imprévu, que l'exploitation à laquelle il donne lieu menace d'épuiser sa mine. Il demande qu'en vertu des art. 1769 et 1770, il soit indemnisé par les preneurs; que dans tous les cas, et à défaut de stipulation expresse, ceux-ci ne devaient jouir de la carrière que suivant la destination qu'elle a reçue; que cette destination devait être entendue des produits proportionnels au prix du bail; qu'en conséquence, extraire des produits plus considérables, c'était changer cette destination, puisque le preneur pourrait tout à coup appauvrir, sinon épuiser une carrière ayant devant elle de longues années d'exploitation.

On répondait que les art. 1769 et 1770 ne concernaient que le preneur; que la réciprocité invoquée n'avait aucune base légale, ce que l'arrêt semble reconnaître tout en disant que la loi n'a pas exclu toute analogie.

La Cour ne voit pas non plus dans les moyens invoqués un changement de destination, mais elle y trouve une violation flagrante des accords intentionnellement convenus, et c'est sur cette violation qu'elle se fonde pour accorder des dommages-intérêts. Voici ses motifs :

« Attendu que, en affermant à Arnaud et Blandin le « droit d'exploiter leur carrière, Uet et Billioux n'ont « prévu, ni pu prévoir l'agrandissement de la ville et la

« confection d'une nouvelle enceinte de fortifications;
« qu'ils n'ont dû voir, ainsi que les preneurs, que le
« débit des pierres tel qu'il avait eu lieu précédemment et
« pour les besoins habituels de la population, ce qui est
« d'ailleurs démontré par le prix du bail, resté le même
« que pour les baux antérieurs, tandis qu'il aurait subi
« une augmentation considérable si l'on avait prévu
« l'événement des nouvelles fortifications;

« Attendu que le projet d'agrandissement de la ville,
« d'une nouvelle enceinte de remparts, bien qu'existant à
« l'époque du contrat, était encore entouré de difficultés
« telles, que son ajournement, qui datait de plus d'un
« siècle, ne pouvait présenter un terme assez prochain
« pour que ce projet eût été dans les prévisions des
« parties. »

Il est possible, comme le dit la Cour de Grenoble, qu'il ne serait pas juste de laisser au preneur seul le bénéfice considérable qu'un événement imprévu est venu occasionner, mais cela signalerait tout au plus une lacune dans la loi, puisque le législateur, s'étant expliqué à l'égard du preneur par les art. 1769 et 1770, a omis ou refusé de le faire à l'endroit du bailleur. Or, cette lacune ne peut être comblée ni par le jurisconsulte, ni par le magistrat : *Dura lex, sed scripta.*

L'appel, fait par l'arrêt, à des considérations d'équité et de justice est donc sans portée réelle. Tout au plus accuserait-il la loi d'imprévoyance, en admettant que cet appel fût fondé dans l'espèce et qu'il s'y agît réellement d'un fait pouvant être considéré comme imprévu.

En droit, nous n'admettons pas, comme le fait l'arrêt, ni que l'exploitation actuelle soit le terme que les parties contractantes aient imposé à l'administration future

et surtout accepté; ni que l'importance de celle-ci doive toujours être proportionnée au prix du bail. La location d'une mine ou d'une carrière est une opération purement commerciale et participe, dès lors, essentiellement aux chances aléatoires, inséparables de toute opération de ce genre. De là cette première conséquence, que le preneur court le risque d'une diminution plus ou moins considérable et qu'il doit, par réciprocité, profiter de l'augmentation dans l'exploitation actuelle.

Que le but du preneur soit de provoquer cette augmentation, c'est ce qui est positif comme l'évidence. En conséquence, il recherchera tous les débouchés nouveaux pour l'écoulement de ses produits, étendra ses relations, les portera au loin, profitera dans cet objet de sa position sociale, des moyens que sa fortune lui offrira. Or, c'est précisément tout cela que la doctrine de l'arrêt tend à lui interdire, condamnant ainsi l'industrie du preneur à une immobilité qui n'est ni dans la nature, ni dans l'essence du commerce.

Cette doctrine, a, de plus, comme tout ce qui est arbitraire, le tort grave de ne comporter ni mode fixe d'applications, ni limites certaines. A quel point naîtra ou s'arrêtera l'obligation d'indemniser le propriétaire? Comment, d'ailleurs, calculer l'existence de l'augmentation dans l'exploitation; s'il est vrai que tel qui ne venait pas à l'usine y vient, il peut se faire que tel autre qui en tirait ses fournitures ait cessé d'en agir ainsi? C'est donc une masse de difficultés, de chicanes plus ou moins insolubles, substituée à la règle simple et positive tracée par la loi.

D'ailleurs, si le preneur peut aller au delà de l'exploitation actuelle, ne s'ensuivra-t-il pas que le bailleur

devra garantir ces limites ? N'est-il pas juste que le premier, s'il ne peut s'enrichir, ne puisse pas au moins s'appauvrir. On lui permettra donc, toutes les fois que l'exploitation sera moindre, de solliciter soit une diminution proportionnelle sur le prix du bail, soit une indemnité. Comme on le voit, dans le système que nous combattons, l'aléa de l'opération commerciale retombera sur le locateur et non sur le locataire.

Mais, dit-on, il n'est pas rationnel de permettre au preneur d'appauvrir, sinon d'épuiser une mine ayant encore plusieurs années d'exploitation devant elle. Cette objection ne serait juste que si le fait ne pouvait être empêché par le preneur, et c'est ce qui n'existe pas. La loi permet au propriétaire de déterminer des limites à l'exploitation, dont il confère le droit à un tiers. Ainsi, l'acte de bail peut renfermer ces limites, empêcher qu'elles puissent être dépassées ou fixer une augmentation proportionnelle du prix du bail, augmentation qu'il sera facile d'établir par le cubage de la carrière. De quoi se plaindrait donc le bailleur, s'il a uniquement dépendu de lui d'éviter l'injustice contre laquelle il réclame. Est-il bien juste aussi de faire perdre à un individu une somme de 10,000 fr., parce qu'il a négligé de se procurer une preuve écrite soit du prêt, soit du dépôt qu'il en aurait fait ? Et cependant on n'hésiterait pas à repousser toutes ses réclamations. Pourquoi, lui dirait-on, ne vous êtes-vous pas procuré la seule preuve pouvant vous faire rentrer dans vos fonds. Or, ce qu'on objecterait avec raison au déposant ou prêteur, on peut, on doit l'objecter au locateur, car, comme eux, il a dépendu de lui de créer la preuve d'une prétendue intention sur laquelle cependant il est resté muet au moment du contrat.

Ainsi, l'injustice du résultat qui décide M. Troplong à adhérer à la solution de la Cour de Grenoble, ne nous paraît nullement démontrée. Dans tous les cas, elle est due non à la fraude du preneur, mais à la négligence du bailleur : *Volenti non fit injuria.*

Nous ajoutons que, dans l'espèce de l'arrêt de Grenoble, il y avait d'autant plus lieu pour le preneur de s'expliquer au moment du contrat, que l'agrandissement de la ville et l'établissement de nouvelles fortifications étaient connus de tous. Il est vrai que la Cour rappelle que ce projet datait d'un siècle. Mais il s'exécutait en 1832, et le bail avait été consenti en 1829. Or, les formalités indispensables à cet accomplissement avaient dû, dès 1829, être poussées à un point tel que la réalisation du projet devait paraître imminente. Le silence du bailleur constituait donc une faute d'autant plus lourde.

1035. — La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux biens ruraux comme aux maisons de ville. Ainsi, le fermier ne peut, sans s'exposer à des dommages-intérêts et même à la résiliation du bail, dessoler les terres, les surcharger, détruire les étangs, arracher les vignes, convertir les terres à blé ou les prairies en vignobles, changer les vignobles en terres labourables, substituer, enfin, une autre culture à celle antérieurement et usuellement pratiquée.

1036. — L'obligation pour le fermier d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire. Les fraudes qu'il pourrait commettre sont, en effet, de nature à altérer, au moins temporairement, la propriété elle-même. Ainsi, le défaut de culture, l'enlèvement des pailles ou engrais, la taille défectueuse de la

vigne ou autres arbres, etc., sont dans le cas de survivre dans leurs effets au bail lui-même, conséquemment d'occasionner un préjudice au propriétaire, soit en diminuant les produits s'il les perçoit lui-même, soit en empêchant d'obtenir, d'un autre fermier, le prix qu'il aurait obtenu, si la propriété avait été en bon état. Tous actes tendant à ce résultat doivent donc être sévèrement réprimés.

1037. — Un devoir spécialement imposé au fermier d'un bien rural, est celui de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété confiée à ses soins; d'empêcher tout empiètement. La possession, si précieuse dans un procès, l'éloignement du propriétaire, pouvant ne se rendre que très rarement sur son domaine, ont fait édicter l'art. 1768, d'après lequel le fermier doit avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds, à peine de tous dépens, dommages et intérêts.

1038. — Le délai dans lequel cet avertissement doit être donné est celui des ajournements. Inutilement aurait-on chargé le fermier d'avertir le propriétaire si on avait laissé le délai à son choix ou à ses caprices. Bientôt même la négligence s'en mêlant, l'avis arriverait après que, par l'expiration de l'année, la possession serait acquise à l'usurpateur, ce qui pourrait entraîner la perte de la propriété, si le propriétaire n'avait pas de titres ou s'il avait perdu ceux qu'il pourrait invoquer. Cette conséquence fait sentir toute l'importance de l'obligation imposée au fermier.

La loi ne trace aucune forme à l'accomplissement de cette obligation. L'usurpation peut être dénoncée au pro-

priétaire soit par acte extrajudiciaire, soit par lettre, soit même oralement. Mais la prudence exige que, dans ces deux derniers cas, le fermier se procure la preuve écrite de sa diligence. Cette preuve résulterait de la déclaration signée par le propriétaire et constatant l'avertissement reçu.

1039. — A défaut de ces précautions ou faute d'avoir exécuté les prescriptions de l'art. 1768, le fermier devrait être condamné à des dommages-intérêts. Evidemment, l'allocation de ces dommages devrait comprendre l'intégralité du préjudice occasionné par l'usurpation. Elle serait d'ailleurs plus sévère, suivant que le fermier aurait agi de bonne foi et par pure négligence ou que son silence ne serait que le résultat de la collusion et de la connivence avec l'usurpateur.

1040. — Les fraudes du fermier revêtent quelquefois le caractère de délits. Ainsi, l'abattage des arbres sans autorisation et contre le gré du propriétaire peut être poursuivi correctionnellement et puni des peines portés par l'art. 446 du Code pénal [1].

Le fermier qui enlèverait sur le fonds affermé des barrières ou partie de la clôture commet le délit de bris de clôture, s'il a agi frauduleusement ou de mauvaise foi. Dans le cas contraire, il ne pourrait être poursuivi criminel-

[1] Carnot, sur l'art. 446; — Legraverend, tom. II, pag. 380, not. 8; — Metz, 1er août 1819; — Cass., 10 août 1883.

* *N. B.* — La circonstance que l'acte du fermier, constituant un délit, forme en même temps une infraction à la loi du contrat, n'écarte point l'application de la loi pénale et la compétence des tribunaux correctionnels. *Voy.* Crim. cass. 13 juin 1818.

lement, mais il pourrait l'être par la voie civile, à la requête du propriétaire fondé à exiger des dommages-intérêts.

L'enlèvement des capitaux morts ou vivants constitue, dans l'acception ordinaire du mot, un véritable vol, puisque l'auteur de cet enlèvement s'attribue sciemment et volontairement une chose qu'il sait appartenir à autrui. Cette soustraction, au mépris des droits du propriétaire, ne constitue pas cependant, aux yeux de la loi, un délit quelconque, soit parce que les capitaux confiés au fermier deviennent, en quelque sorte, sa propriété sous l'obligation d'en restituer, à la fin du bail, en même quantité, qualité et valeur; soit parce que la disparition de certains d'entre eux peut n'être que le résultat d'un fait indépendant du fermier, dont tout le tort consiste à ne pas avoir pourvu à leur remplacement. Dans ce dernier cas, il n'y a, à la charge du fermier, qu'une dette purement civile dont il répond sur toutes ses facultés.

1041. — Quoi qu'il en soit, l'enlèvement ou l'absence des capitaux morts ou vivants, dégarnissant la ferme des moyens indispensables à son exploitation, entraîne, en faveur du propriétaire contre le fermier, d'abord, l'action en résiliation du bail, ensuite, celle en restitution et en dommages-intérêts pour le préjudice résultant de l'absence plus ou moins prolongée des capitaux.

1042. — La première de ces actions a sa base dans la violation de l'obligation imposée au fermier de tenir la ferme garnie de tous les moyens utiles à son exploitation. L'enlèvement des capitaux ou l'impossibilité de les remplacer est ordinairement le précurseur d'un abandon

de la culture. Il fait tout au moins prévoir une exploitation insuffisante.

Cela seul suffit pour justifier la demande en résiliation, indépendamment du caractère odieux d'un enlèvement. La demande du propriétaire ne saurait donc être repoussée.

1043. — L'action en restitution et en réparation du préjudice n'est que la conséquence de la résiliation. Celle-ci, entraînant la fin du bail, amène nécessairement les effets que l'expiration du terme stipulé fait naître. Au nombre de ces effets, se placent naturellement le remboursement de tout ce qui avait été livré par le propriétaire comme accessoire de la ferme.

1044. — La fin du bail détermine également le règlement de toutes les malfaçons reprochées au fermier et la réparation du préjudice en résultant. Cette réparation étant accordée à titre de dommages-intérêts, la contrainte par corps est facultative dans les limites et aux termes de l'art. 126 du Code de procédure civile [1].

1045. — La même faculté est accordée au juge par l'art. 2062, à l'égard de la restitution des capitaux manquants, à moins que le fermier ou le colon partiaire ne prouve que la perte ou le déficit ne procède point de son fait. Cette preuve est à la charge de l'un ou de l'autre. Pour le propriétaire, l'absence des capitaux fait présumer la fraude. Mais cette présomption cède devant la preuve du contraire, et cette preuve faite, il est procédé

* [1] La loi du 22 juillet 1867 supprime la contrainte par corps en matière commerciale, civile et contre les étrangers.

au règlement conformément aux règles tracées par les art. 1810 et 1827. A défaut de cette preuve, la contrainte par corps *peut* être prononcée, c'est-à-dire qu'elle est une faculté et non un devoir. La loi s'en réfère donc à l'appréciation souveraine du juge [1].

1046. — La principale obligation du preneur est de payer le prix stipulé. Nous nous en rapportons, quant à ce paiement, aux règles que nous avons tracées en parlant de la vente, règles parfaitement applicables au paiement des loyers. Nous dirons seulement que le simple retard d'un terme n'autorise pas l'action en résiliation. Après beaucoup d'hésitations et de contradictions, la doctrine et la jurisprudence se sont réunies pour exiger que le retard soit au moins de deux termes.

1047. — Le privilége que le vendeur conserve sur la chose, repose pour le locateur sur les facultés mobilières du locataire. Pour que ce privilége puisse sortir à effet, il faut que les facultés qu'il grève se trouvent dans les lieux loués. De là l'obligation imposée par la loi au locataire de garnir la maison d'une manière convenable, proportionnée à sa fortune et à sa position [2]. Toute

* [1] *Voy.* la note précédente.

* [2] Plusieurs auteurs enseignent que le locataire a satisfait à son obligation, lorsque son mobilier est suffisant pour répondre du loyer pendant le terme courant et le terme prochain, ainsi que des frais de saisie et de vente. — Duvergier, II, 16; Delvincourt, III, p. 201; Duranton, XVII, 157. — D'autres pensent — et nous sommes du même avis — que l'appréciation du point de savoir si le locataire a suffisamment garni les lieux est confiée par la loi à la prudence et à la sagesse des tribunaux. Voy. en ce sens, Aubry et Rau IV, § 370, p. 504. — M. Laurent critique cette opinion : « L'art. 1752 explique,

fraude pour éluder cette obligation, le défaut de son accomplissement, motiverait la résiliation du bail.

1048. — L'exécution de cette obligation par le fermier d'un bien rural serait dans bien des cas insuffisante à couvrir l'intérêt du propriétaire. On sait d'une part quel est d'ordinaire le mobilier d'un cultivateur, et de l'autre que le prix de la ferme se règle par l'étendue de l'exploitation. Exiger que le premier pût valablement cautionner le second, c'eût été bien souvent rendre tout bail impossible.

Le fermier a donc rempli son obligation en transférant, dans la ferme, son mobilier quelque modeste qu'il soit. Mais là ne s'arrête pas le devoir qu'il doit remplir. Ainsi, avec le mobilier, il doit de plus garnir la ferme des instruments et ustensiles nécessaires à son exploitation, il doit de plus y engranger tous les fruits et récoltes recueillis sur la propriété.

Tout cela devient le gage dn propriétaire. Celui-ci peut donc contraindre à sa réalisation, empêcher toute fraude, sous peine de dommages-intérêts; et, à défaut de paiement de ceux-ci, demander et obtenir la réalisation du bail.

1049. — Le louage d'œuvres et d'industrie rentre dans les obligations de faire, soumises aux règles géné-

dit-il, ce qu'il entend par meubles suffisants, en ajoutant qu'ils doivent donner au bailleur une sûreté *qui réponde du loyer* » (XXV, 424.) Cette expression générale comprendrait donc, selon M. Laurent, tout ce qui peut être dû pour loyers en vertu du bail, c'est-à-dire tous les loyers à échoir. Mais il reconnaît que cette interprétation rigoureuse est généralement rejetée.

rales du droit. Conséquemment c'est par les principes généraux que nous avons exposés que doit être appréciée la fraude reprochée à l'une des parties. La fraude existe dès qu'il y a d'une part refus d'exécuter le marché. Le droit d'obtenir la résiliation serait une conséquence de ce refus.

1050. — Nous avons vu que l'action *ex conducto*, ouverte en faveur du locataire, avait pour résultat de lui permettre d'obtenir la mise en possession, *etiam manu militari*. Cela ne saurait être dans le louage d'œuvres et d'industrie. Comme la matière du contrat est un fait purement personnel à l'ouvrier, la résolution ne peut entraîner qu'une adjudication de dommages-intérêts. On connaît la maxime *Nemo potest cogi ad factum*. Ces dommages-intérêts seraient dans ce cas calculés de manière à indemniser du préjudice éprouvé par le retard de livraison de l'ouvrage commandé, et à mettre la partie poursuivant la résiliation à même de se procurer ailleurs ce que l'autre partie ne veut plus accomplir.

Celle-ci devrait de plus restituer tout ce qu'elle a reçu en avances sur le prix des travaux qu'elle se refuse d'exécuter, ainsi que tous les matériaux qui lui auraient été confiés. La restitution de ceux-ci peut-être exigée en nature, et, à défaut, le conducteur [1] autorisé à s'en remplacer aux frais du locateur.

1051. — Le locateur répond des vices de construc-

[1] Nous adoptons entièrement la solution que M. Troplong tire des débats législatifs que la matière a subis. Nous appelons donc *locateur*, l'ouvrier, et *conducteur*, celui qui le paie. (V. Troplong, art. 1710, n° 64).

tion, de ceux des matériaux qu'il fournit et des malfaçons reprochées à son œuvre. Ce principe juste en lui-même ne saurait donner lieu à la moindre difficulté de droit, la certitude du fait en amènerait l'application immédiate.

1052. — Mais ce qui sera souvent contesté, c'est la recevabilité de l'action du conducteur, surtout si elle est intentée après l'acceptation et le paiement total ou partiel; le locateur soutiendra que les ouvrages ayant été ou pu être vérifiés avant l'acceptation, celle-ci l'a complètement déchargé de toute responsabilité, en plaçant l'ouvrage à la charge exclusive du conducteur.

1053. — La question de savoir quand il y a eu réception, et quels en sont les effets, offre donc un véritable intérêt. Il est évident que l'époque de la réception est et doit être fixé au moment de la livraison suivie soit du paiement, soit du règlement du prix. L'article 1791 l'indique en décidant que la vérification est censée faite lorsque l'ouvrage, fait en plusieurs pièces où à la mesure, peut être vérifié par les parties, pour toutes les parties payées, si le maître paie en proportion de l'ouvrage fait. Remarquons qu'on ne doit pas confondre les acomptes donnés à diverses reprises avec le paiement partiel dont parle l'art. 1791. Celui-ci n'existe que lorsque la convention le stipule, ou bien lorsque les acomptes payés, concordant avec une livraison partielle, représentent la valeur juste et réelle des objets livrés. Cette coïncidence serait mieux que la preuve de la convention, elle en serait l'exécution [1].

* Il est certain que des acomptes payés pendant la durée des travaux, sans imputation spéciale à des portions déjà terminées de

Voilà donc les caractères déterminant l'époque de l'acceptation. Quel est maintenant l'effet de celle-ci?

M. Troplong [1] pense qu'elle dégage l'ouvrier, non seulement de la force majeure, mais encore de tout recours pour malfaçons, le Code civil ayant abrogé la prescription d'abord de trois ans, réduite plus tard à un an, que l'ancien droit avait créé en faveur du conducteur.

Mais, et M. Troplong l'enseigne lui-même, ce principe n'est pas et ne pouvait pas être absolu ; il ne peut être sérieusement invoqué que par l'ouvrier ayant employé les matériaux que le conducteur a fournis. Dans l'hypothèse contraire, le locateur répond des matériaux qu'il a livrés, et des vices détruisant ou dégradant la chose livrée, même après la livraison.

C'était justice de le décider ainsi. L'ouvrage sortant des mains de l'ouvrier a toujours une apparence parfaite; on a su dissimuler avec art les défauts de la matière, masquer les défectuosités qu'un usage va plus ou moins prochainement mettre à nu. Repousser les réclamations que cette découverte suscite, ne serait pas autre chose que décerner une prime d'encouragement au dol et à la fraude.

1054. — Dès lors on doit conclure que l'ouvrier est déchargé par l'acceptation de la responsabilité pour tous les vices et défauts apparents, pouvant être facilement reconnus et constatés. Quant aux vices cachés, l'acceptation ne saurait influer sur les droits du conducteur parce qu'elle a précédé leur découverte, parce qu'elle a

l'ouvrage, ne font pas présumer la vérification. — Duranton, XVII, 254 ; Duvergier II, 345.

[1] *Du louage*, art. 1791, nos 988, 991.

été dès lors le résultat de l'erreur; et que cette erreur a été inspirée par la fausse apparence que l'ouvrier a su donner à la chose. On ne manquera pas d'observer cette distinction toutes les fois qu'il s'agira d'un travail dont l'ouvrier a fourni la façon et la matière.

1055. — Si l'ouvrier n'a fourni que la façon, les vices de la matière ne peuvent lui être imputés, et ses conséquences restent pour le compte du conducteur. Mais les malfaçons imputables à l'ouvrier doivent être appréciées suivant la distinction que nous venons d'établir.

1056. — L'acceptation et le paiement ne pourraient être une fin de non-recevoir pour les architectes, entrepreneurs et autres ouvriers dont parlent les art. 1792 et 1799 du Code civil. Pour eux, la loi ayant limité la durée de la garantie, leur responsabilité ne cesse qu'avec l'expiration du délai que la loi fixe à dix ans [1].

[1] Aix, 18 janvier 1841 ; — Bourges, 13 août 1841 ; — Besançon, 30 novembre 1843 ; — Poitiers, 1er mars 1844 ; *J. du P.*, 41, 2, 65 ; 42, 1, 187 ; 44, 2, 70 et 186.

* *N. B.* La question de savoir si le délai de dix ans dont il est parlé dans les articles 1792 et 2270 C.civ. est le temps pendant lequel doivent apparaître les vices dont l'architecte est déclaré responsable, ou bien le temps pendant lequel il peut être poursuivi en responsabilité à raison de ces vices, a été résolue par un arrêt de la Cour de cassation, Chambres réunies, rendu à la date du 2 août 1882 (Sir. 83,1,5). Suivant cet arrêt, l'action en garantie contre l'architecte ou entrepreneur, à raison des vices de construction, se prescrit, comme la responsabilité elle-même, par le laps de dix ans à compter de la réception des travaux, et non à compter seulement de la manifestation extérieure des vices de construction qui s'est produite dans ce délai : « Attendu que de la combinaison des art. 1792 et 2270 C. civ., il résulte que le législateur a voulu comprendre dans un délai unique de dix ans, à partir de la réception des ouvrages, la responsabilité que l'art. 1792 établit à la charge des architectes et entrepreneurs et

Mais relativement à l'application de l'art. 2270, il y a également lieu à distinguer si les malfaçons ou les vices sont apparents ou non. Dans le premier cas, la réception créerait une fin de non-recevoir péremptoire contre toute réclamation ultérieure quoique faite dans l'intervalle des dix ans.

« Attendu, disait la Cour de Lyon, qu'il est constant que les lézardes et inclinaisons dont se plaint Dumas, existaient et étaient apparentes dès avant l'entier achèvement des travaux; que néanmoins Dumas ne s'est pas plaint, qu'il a continué à faire des paiements acomptes; que dans son système il aurait même payé à Chavanne au delà de ce qu'il lui devait et toujours sans élever aucune réclamation ni prétendre à une indemnité; qu'il a suffisamment reconnu par là que les vices de construction ne provenaient pas de la faute de Chavanne, qu'il faut tout au moins en induire qu'il a agréé les constructions telles qu'elles étaient [1]. »

Cette doctrine est juridique, et l'arrêt qui la consacre a recueilli l'assentiment de M. Troplong [2].

l'action en garantie que cet article accorde au propriétaire de l'édifice qui, dans ce délai, a péri en tout ou en partie par le vice de la construction et même par le vice du sol, de telle sorte qu'après dix ans l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de toute garantie tant pour le passé que pour l'avenir; — D'où il suit qu'en déclarant, à ce point de vue, non recevable la demande en garantie formée par la dame de Béarn contre Parent, par exploit du 12 janvier 1875, plus de dix ans après la réception des travaux, pour des vices de construction qui se seraient manifestés durant ce délai, l'arrêt attaqué, loin de violer les autres articles précités, en a fait une juste application; — Rejette. — La doctrine contraire avait été consacrée par un arrêt de la Chambre civile du 5 août 1879 (Sir. 79, I ,405).

[1] 18 juin 1835.

[2] *Louage*, n° 1003. — Conforme, Duvergier, *Louage*, t. II, n° 364.

SECTION V.

Fraudes dans les Sociétés.

SOMMAIRE.

1057. La société crée entre ses divers membres une espèce de communauté.
1058. Le partage du bénéfice est le but de la société. — Conséquences.
1059. Toute infraction aux règles qui en découlent peut constituer une fraude.
1060. Consentement extorqué. — Ses effets.
1061. Comment se règle l'association de fait qui a existé jusqu'à l'annulation, à l'égard des associés.
1062. A l'égard des tiers.
1063. *Quid*, en cas de faux ?
1064. Peut-on assimiler au faux l'abus d'un blanc seing ?
1065. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui l'affranchirait de toute contribution aux pertes est de plein droit réputée frauduleuse.
1066. La nullité en résultant embrasse l'acte de société et non pas seulement la clause illicite.
1067. Comment devrait s'opérer le règlement des opérations faites jusqu'à l'annulation.
1068. L'égalité entre associés obéit à d'autres principes que ceux régissant les cohéritiers.
1069. C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la contribution aux pertes. — Conséquences pour l'associé purement industriel.

1070. Autre exception à la prohibition de n'être pas tenu de sa part dans les dettes.

1071. Dans quels cas la participation aux bénéfices, réservée par le créancier, constituera-t-elle une usure déguisée.

1072. Arrêt de la cour de cassation.

1073. Prétendue anomalie entre l'assurance du bénéfice permise entre associés et prohibée aux créanciers. — Motifs de la différence.

1074. L'assurance du bénéfice entre associé n'est valable que si elle est sérieuse et sincère.

1075. Obligations pour chaque associé de verser sa mise.

1076. Effets du refus ou du retard.

1077. Nature et étendue de l'obligation de l'associé industriel.

1078. Effets du refus ou du retard.

1079. L'industrie promise à la société devient, du jour de la constitution de celle-ci, la chose commune. — Conséquences.

1080. Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

1081. Discussion au Conseil d'Etat sur ce qu'on doit entendre par faute.

1082. Conséquence à déduire de cette discussion.

1083. Effet de la fraude. — En quoi elle consiste.

1084. Quand devra-t-on l'admettre ?

1085. La responsabilité, en cas de fraude ou de faute, s'apprécie, non pas sur l'ensemble des opérations, mais relativement à chacune d'elles.

1086. Effet respectif de l'un et de l'autre sur la durée de la société.

1087. La faute motiverait suffisamment le retrait du mandat conféré à son auteur.

1088. En droit, l'associé ne peut poursuivre la dissolution de la société, avant son terme, à moins d'un vice en déterminant la société.

1089. Exception autorisé par l'art. 1865, mais dans les conditions qui y sont indiquées.

1090. 1° Il faut que l'acte social n'ait fixé aucun terme à la durée de la société.
1091. 2° Que la renonciation soit faite de bonne foi.
1092. Comment reconnaîtra-t-on que la renonciation n'est pas de bonne foi ?
1093. Exemple emprunté à Pothier.
1094. Cette appréciation est laissée à l'arbitrage du juge.
1095. 3° Que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps
1096. Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune ?
1097. Caractère de la nullité dont elle est frappée.
1098. Dans les sociétés à terme, la dissolution ne peut-être poursuivie qu'après l'expiration du terme.
1099. Causes pouvant introduire une exception. — Caractère de l'art. 1871 du Code civil.
1100. Le refus péremptoire de l'associé industriel, de ne plus continuer la société, devrait-il en faire prononcer la dissolution, malgré les autres associés, sauf indemnité ?
1101. Affirmative jugée par la Cour de Lyon.
1102. Réfutation. — Moyen légal de contraindre à l'exécution.
1103. La dissolution légale ou conventionnelle fait cesser tous rapports entre les associés. — Ses effets immédiats.
1104. Nature du compte à rendre par le gérant.
1105. Effets de la négligence dans la tenue des écritures.
1106. Obligation de remettre les livres et papiers.
1107. Effet de la soustraction totale ou partielle des livres.
1108. Les objections opposables au gérant doivent être opposées avant le règlement.
1109. Toute action en révision est formellement prohibée par la loi.
1110. Action en redressement. — Ses caractères.

1057. — La société est définie pas la loi : un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de

mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter [1].

La société crée donc, entre ses divers membres, une véritable communauté. Ce qui la distingue des précédentes, c'est qu'elle résulte d'un pur consentement; c'est qu'elle suppose une réciprocité de besoin et de confiance; c'est qu'elle est limitée dans sa durée, et qu'on ne peut devancer le terme de sa dissolution.

1058. — Le partage du bénéfice étant le but essentiel de la société, c'est à en acquérir le plus possible que doivent tendre les efforts communs. Il en résulte que l'administration de la chose commune doit être marquée au coin de la plus scrupuleuse, de la plus fidèle exactitude, et exclure toute idée de profit exclusif et personnel; que dans le partage les proportions légalement stipulées doivent être religieusement observées.

1059. — Toute infraction à ces règles est susceptible de constituer une fraude. Or, l'existence de cette infraction peut être remarquée : à l'origine même de la société dont elle vicie le titre; dans l'administration qu'on détournera de son objet essentiel à l'effet de la rendre pour l'un la source d'un bénéfice illégitime, pour l'autre, une cause de ruine; enfin dans la répartition après dissolution.

Ces diverses éventualités tracent le cercle de nos

[1] Art. 1832 Cod civ. * — Une des conditions essentielles du contrat de société, c'est un fonds commun créé avec l'intention de le faire valoir et de partager les bénéfices résultant des opérations faites à l'aide de ce fonds. C'est surtout cette intention qui caractérise ce contrat. *Voy.* Civ. cass. 22 nov. 1852, Sir, 53, 1, 73.

observations. Leur objet doit être de constater dans chacune de ces périodes les caractères constitutifs de la fraude et ses effets.

1060. — Le contrat de société est essentiellement consensuel. Il faut donc, pour qu'il soit valablement souscrit, que la partie ait agi dans la plénitude de son intelligence; que sa volonté ait été spontanée et libre. En conséquence, si le consentement dont on se prévaut émane d'un incapable, s'il a été surpris par le dol ou la fraude, s'il a été arraché par la violence, le contrat manque d'une des conditions essentielles : *Colorem habet, substantiam vero nullam.*

On doit donc l'annuler sur la poursuite de la partie intéressée. Mais cette poursuite peut n'être exercée qu'après la mise en mouvement de la société, lorsque le vice n'aura été découvert qu'après cette époque. Dans ce cas, la nullité peut n'être qu'un remède inefficace, car son existence, tout en rendant la société impossible dans l'avenir, n'empêchera pas qu'elle n'ait existé pour le passé; et cette société de fait déterminera inévitablement la nécessité de procéder au règlement des opérations accomplies jusqu'à sa dissolution.

1061. — Relativement à l'associé, les bases de ce règlement sont fort simples. L'auteur du dol, de la fraude ou de la violence n'a aucun recours à exercer contre sa victime. Par rapport à lui, toutes les affaires lui demeurent personnelles, il doit en subir les effets, supporter les pertes. Pour lui, en un mot, la nullité rétroagit jusqu'à l'origine même de la société.

Par une déduction logique de cette règle, il devrait

en outre restituer la mise de fonds versée par le demandeur en nullité, ou l'indemniser jusqu'à due concurrence. Il serait encore condamné à le relever et garantir des recherches que les tiers seraient dans le cas d'exercer.

1062. — A l'endroit de ceux-ci, en effet, le demandeur en nullité ne saurait décliner la responsabilité résultant des traités qu'ils auraient fait avec la société apparente. Il suffit qu'une société de fait ait existé, et qu'un engagement ait été souscrit du nom social, pour que le porteur ait qualité et droit de recourir contre chacun des associés désignés par le pacte social. Rappelons-nous cette proposition de Pothier : Un consentement, quoique surpris, n'en est pas moins un consentement obligatoire, tant qu'il n'est pas rétracté. Comment, en effet, exiger que les tiers fussent plus clairvoyants que la partie et qu'ils soupçonnassent une fraude qu'elle a elle-même ignorée? C'est cependant ce qu'on leur demanderait si on leur refusait de faire valoir toutes les garanties sous la foi desquelles ils ont traité.

Sans doute celui que le dol ou la fraude a égaré est malheureux; mais il n'en a pas moins coopéré à donner à l'acte cette apparence que les tiers pouvaient et devaient seule consulter, il a le tort de s'être laissé circonvenir. Que, sur sa réclamation, ce tort n'apporte aucun obstacle à la nullité de ses engagements, c'est justice, mais ce qui ne serait pas juste, c'est qu'il autorisât la perte des droits loyalement acquis par des tiers qui y sont demeurés complètement étrangers.

1063. — Ainsi le principe de la responsabilité, en

faveur des tiers, réside dans le concours purement matériel, donné à l'acte par celui qui se prétend trompé. De là cette conséquence que si en fait ce concours ne s'est pas réalisé, le prétendu associé n'est tenu de rien, même à l'égard des tiers. Telle serait la position de celui dont la signature apposée à l'acte ne serait que le produit d'un faux matériel.

1064. — Devrait-on assimiler au faux l'abus d'un blanc seing, au-dessus duquel on aurait inscrit un contrat de société ? Alors surtout que le blanc seing aurait été confié dans un objet déterminé ?

L'affirmative a été adoptée par la Cour de Paris, le 7 février 1824. Mais cet arrêt, que l'espèce sur laquelle il est intervenu peut jusqu'à un certain point justifier, nous paraît, en pur droit, s'écarter des véritables principes.

Pourquoi, dans l'hypothèse d'un faux matériel, refuse-t-on tout recours au tiers? D'abord, parce qu'en fait, la signature n'émane réellement pas de celui à qui on l'attribue; secondement, parce que la contrefaçon de la signature est un fait de force majeure que la partie intéressée n'a pu ni prévoir, ni surtout empêcher. Une responsabilité quelconque serait donc, en ce qui la concerne, un effet sans cause, c'est-à-dire une énorme injustice.

Est-ce là la position de celui qui livre un blanc seing? Evidemment non, car la remise qu'il en fait est toute volontaire de sa part, et prouve la confiance illimitée accordée à celui qui la reçoit. Conséquemment, si ce dernier n'en est pas digne, ou mieux s'il en abuse déloyalement, c'est sans doute un malheur, mais il pouvait être prévu et empêché. Le déposant s'est donc trompé, mais

le tiers n'a pu avoir la prescience de l'abus dont il a à se plaindre, et, s'il souffre lui-même de cet abus, il doit être recevable à obtenir l'indemnité qui lui est due, même de celui dont l'imprudence a seule rendu un préjudice possible.

On connaît la belle expression d'un de nos anciens jurisconsultes : Il n'y a pas à hésiter entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Or, évidemment, le déposant s'est trompé, en accordant sa confiance, à qui ne la méritait pas. Le tiers, au contraire, n'a fait foi qu'à ce qui commandait sa confiance, à la sincérité de la signature. Comment donc repousser la réparation qu'il solliciterait ?

Il est une analogie qui nous paraît justifier notre opinion. L'art. 2277 permet de revendiquer les meubles volés ; de là la question de savoir si l'abus de confiance, la violation de dépôt, l'escroquerie étaient, par rapport à la revendication, assimilables au vol ? La négative a été consacrée par la Cour de cassation, dans l'arrêt que nous avons déjà cité [1].

Ce qui crée, aux yeux de la Cour suprême, une différence entre le vol et ces derniers délits, c'est que, dans le premier, il y a nécessairement soustraction opérée à l'insu du propriétaire, tandis que, dans les autres, il y a remise volontaire, et que cette remise, quel qu'en soit le titre, donne au réceptionnaire la possibilité de disposer ultérieurement de ce qui en fait la matière. La même différence, se remarquant dans notre hypothèse, motive la solution que nous indiquons. Le faux n'entraîne aucune responsabilité, parce qu'il est le produit d'une voie de

[1] V. *supra* nº 292.

fait étrangère, inconnue à celui dont on a contrefait la signature ou l'écriture; parce qu'en fait l'altération de l'une ou de l'autre ne peut faire que celui-ci ait jamais concouru à l'acte : l'abus de blanc seing oblige envers les tiers, parce que l'existence apparente d'une société régulière est la conséquence d'un acte spontané et volontaire; parce que si quelqu'un doit répondre des effets d'une confiance imméritée, c'est uniquement celui qui l'a imprudemment accordée [1].

1065. — La loi considère comme frauduleuse la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui affranchirait, de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés. L'acte social, vicié par une de ces stipulations, devrait être annulé aux termes de l'art. 1855 du Code civil.

Une clause de ce genre ferait perdre à la société son caractère essentiel. Une réciprocité d'obligation appelle une réciprocité de droits. Grever l'un au bénéfice de l'autre c'est méconnaître les sentiments et les devoirs imposés par l'association [2].

Sans doute dans celle-ci, comme dans tous les autres contrats, chaque partie doit, avant tout, surveiller ses propres intérêts; mais il est juste, comme l'observe M. Troplong, que cet intérêt ait un modérateur dans

* [1] Quand un acte est entaché et du crime de faux et du délit d'abus de blanc seing, doit-on appliquer les principes du faux, à l'exclusion de l'abus de blanc seing, ou *vice versa*? *Voy.* sur cette question notre rapport fait à la chambre des Requêtes, et suivi de l'arrêt du 20 mars 1882 (Sir 82, I, 169).

[2] *Cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.* L. 6, D. *Pro socio.*

l'égalité, faisant le principe de toute communion, et sans laquelle la société elle-même ne serait plus qu'un monopole au profit du plus fort ou du plus audacieux, et constituerait cette combinaison que toutes les législations ont flétrie du nom de *pacte léonien* et sévèrement condamnée.

Il n'y a donc pas société dans le contrat renfermant une des clauses prohibées de l'art. 1855. Conséquemment, la partie intéressée pourrait toujours en faire prononcer la nullité.

1066. — On a agité la question de savoir si cette nullité ne s'applique qu'à la clause illicite ou si elle atteindrait la société elle-même. M. Delvincourt professe le premier avis. La société, dit-il, serait valable, seulement, le contrat ne renfermant alors aucune stipulation relative au règlement des parts dans les bénéfices et les pertes, les parties devraient se conformer, à cet égard, à l'art. 1853.

Mais cette opinion nous paraît difficile à justifier en droit. La loi pouvait suppléer au silence gardé par les parties sur le mode de répartition des bénéfices ou pertes, et c'est dans ce but qu'elle a édicté l'art. 1853. Mais lorsque ce mode a été déterminé, comment admettre que le législateur puisse en imposer un tout différent. De deux choses l'une : ou les parties ont légalement usé d'un droit, et leur convention doit être validée, ou la convention est illégale, et viole l'essence du contrat de société, et alors il est vrai de dire qu'il n'y a pas de contrat. C'est ce qu'exprimait ce texte d'Ulpien : *Societatem coiri non posse, et nos consentimus talem societatem nullam esse* [1]. Cette

[1] L. 22, § 2. Dig. *Pro socio*.

opinion est celle le plus généralement adoptée par la doctrine [1].

1067. — La nullité affecterait donc la société en lui enlevant toute existence future. Elle l'affecterait de plus dans son passé en ce sens que les bénéfices ou pertes déjà réalisés ne pourraient être répartis conformément aux accords illégaux des parties. Il y aurait donc lieu de recourir au mode prescrit par l'art. 1853. Qu'on ne dise pas que nous reconnaissons au législateur la faculté que nous lui contestions tout à l'heure ; il n'y a aucune similitude entre grever l'avenir et régler le passé. Ce qui, dans cette dernière hypothèse, justifie l'intervention du législateur, c'est, d'une part, la violation de sa volonté devant laquelle on n'a pas reculé ; c'est, ensuite, qu'annuler la convention comme illicite et en permettre l'exécution, c'eût été tomber dans la plus absurde contradiction : *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Donc, puisque, par le fait, il y a des opérations à régler, puisque les dispositions arrêtées à cet effet sont illégales et nulles, les parties sont comme si elles n'avaient rien fait à cet égard, et l'art. 1853 devient l'arbitre nécessaire de leur intérêt respectif [2].

[1] V. Dalloz A., v° *Société*, p. 92, n° 10 ; — Duranton, tom. XVII, n° 422 ; — Duvergier, n°s 103 et 277 ; — Troplong, tom. II, p. 139, n° 662. * « Il ne serait ni équitable ni juridique, disent MM. Aubry et Rau, de retenir dans les liens de la société, pour tout le temps convenu, l'associé au profit duquel auraient été stipulées des clauses de la nature de celles que l'art. 1855 frappe de nullité, tout en le privant du bénéfice de ces clauses » IV, § 377, note 9.

* [2] On liquidera les droits respectifs des parties conformément à l'art. 1853, considéré comme une règle d'équité, applicable à toute espèce de communauté. — Aubry et Rau, IV, § 377, p. 545.

1068. — Au reste, l'égalité que la loi exige en matière de société obéit à de tous autres principes que celle prescrite entre cohéritiers ou entre époux. Ce qui est prohibé, c'est qu'un associé gagne ou perde tout, et l'autre rien. Mais, hors de là, rien ne s'oppose à ce que les bénéfices ou les pertes soient inégalement répartis.

Cette inégalité est le plus souvent une conséquence soit de la différence de l'apport, soit du plus ou moins d'utilité que la société doit retirer du concours personnel de tel associé. Il est juste que celui qui s'expose à perdre plus ou qui assurera à la société une plus grande somme de bénéfices soit plus largement récompensé. La loi s'en réfère, sur ce point, à l'intérêt contradictoire des parties, elle consacre les proportions qu'elles jugent utiles de créer, pourvu que leur règlement ne soit pas le résultat du dol ou de la fraude, pourvu surtout qu'il n'atteigne pas indirectement le but que l'article 1855 a voulu proscrire [1].

1069. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la proportionnalité dans les pertes. Cela s'induit du texte formel de l'art. 1855. Il résulte de là que, sans violer cet article, l'associé, n'ayant d'autre mise que son industrie, peut être dispensé de toute contribution aux pertes. L'associé de ce genre ne retire jamais de la société d'autre avantage que sa part des bénéfices représentant le salaire de son industrie. Conséquemment, les pertes qui diminuent ou absorbent ce bénéfice sont réel-

* [1] On peut valablement convenir que l'un des associés recevra dans les bénéfices, ou supportera dans les pertes, une part qui n'est pas en proportion exacte avec sa mise. Maleville sur l'art. 1855; Duranton, XVII, 417; Aubry et Rau, IV, § 377, Laurent, XXVI, 294,

lement à sa charge. Il est évident que, ne retirant rien ou qu'en ne recevant qu'une part moindre, il perd le fruit de son industrie en tout ou en partie.

Cette perte a paru suffire aux yeux du législateur, et voilà pourquoi on a admis que cet associé pourrait être dispensé de contribuer aux pertes d'une manière plus effective. Ce résultat ne ressemble en rien à celui que la loi annule. Il y a, en effet, une différence immense entre celui qui perd au moins les fruits de son industrie et l'associé, dont la mise consistant en une somme d'argent, aurait stipulé la reprise intégrale de cette mise, quelles que soient les pertes éprouvées.

Sous un autre point de vue, la position de l'associé n'apportant que son industrie se justifie parfaitement. On considère comme licite la clause par laquelle l'associé bailleur de fonds stipule qu'il ne sera pas tenu des pertes au delà de sa mise. Or, dans l'hypothèse que nous examinons, l'associé pour l'industrie ne fait pas autre chose. Sa mise n'étant que les produits de son travail, il peut, au même titre, stipuler qu'il ne perdra jamais au delà de sa mise [1].

1070. — Il est une seconde hypothèse dans laquelle un associé est de plein droit affranchi de toute contribution aux pertes. Un capitaliste avance des fonds à une société, et, en représentation des intérêts auxquels il aurait droit, il stipule une part quelconque dans les bénéfices. Cette clause constitue, quand à ces derniers, une véritable société, dans laquelle l'unique chance pour le

[1] Voy. Discours de Gillet au Corps législatif (Locré, *Législ.*, XIV, p. 553, n° 19).

capitaliste est de ne recevoir aucun bénéfice, s'il n'en a pas été réalisé.

La perte excédant des opérations lui demeurerait étrangère. La seule pour laquelle il contribuerait réellement serait celle des intérêts que son capital aurait produit, s'il n'avait pas souscrit la société et stipulé une part dans les bénéfices.

1071. — Mais une pareille stipulation peut n'être qu'une fraude déguisée, qu'un moyen de masquer une usure, surtout si, indépendamment d'une part dans les bénéfices, le capitaliste avait stipulé l'intérêt de son argent au taux légal. Il importe donc de rechercher à quelles conditions on pourra reconnaître l'existence de la fraude.

En principe, le bailleur de fonds peut cumuler l'intérêt des sommes qu'il verse et une part déterminée dans les bénéfices. C'est même là le leurre habilement offert aux capitalistes, qui devraient cependant savoir, comme le leur conseille M. Troplong, que leurs capitaux ne sont nullement garantis et que, bien souvent aussi, ce sont ces mêmes capitaux qui sont frauduleusement employés à servir les intérêts promis[1].

Quoi qu'il en soit, la légalité de ce cumul n'est pas même contestée. Les chances auxquelles le capital est abandonné, l'incertitude des bénéfices compensent et excusent ce qui, dans la réception des intérêts et des bénéfices, excèderait le taux légal des premiers.

Il faut donc de toute nécessité, quant aux bénéfices surtout, que leur perception suive le sort des opérations commerciales auxquelles le prêteur consent à s'associer.

[1] Tom. II, pag. 110, nº 642.

Si la participation aux bénéfices est soustraite à cette chance, si elle consiste dans une somme déterminée au moment de l'acte, quels que soient les événements ultérieurs, il n'y aurait plus qu'un simple prêt, et le cumul des intérêts et des prétendus bénéfices constituerait une usure frauduleuse[1].

Ainsi, la condition essentielle à fixer est le plus ou moins de certitude, pour le prêteur, dans les bénéfices dont il stipule une part. Cette part déterminée, si les parties en font dépendre le chiffre des événements aléatoires du commerce, il y a société et, conséquemment, légalité du cumul. Si, au contraire, après avoir arrêté la quotité du bénéfice accordée, les parties la traduisent immédiatement en un chiffre dès lors invariable, il y a prêt et prêt usuraire. La stipulation relativement aux bénéfices n'est plus que le moyen de se soustraire aux prohibitions de dépasser le taux d'intérêt voulu par la loi.

1072. — C'est ce mode d'appréciation auquel s'est arrêtée la Cour de cassation. Un sieur de Massilian prêtait, en 1825, une somme de 60,000 fr. à la société Ardaillon, Bessy et Cie, qui devait les appliquer à la création des hauts fourneaux. Il fut stipulé que les intérêts au taux de six pour cent seraient payables de six en six mois; on convint, en outre, qu'à partir du 1er janvier 1827, époque à laquelle les hauts fourneaux pourraient être mis en activité, le prêteur aurait droit à une portion des bénéfices sociaux, qui fut presque aussitôt fixée à 21,600 fr., pour lesquels des billets furent souscrits.

Plus tard, et sur les poursuites du créancier, la société

[1] Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés*, ch. 3, pag. 20.

soutint que les billets contenaient une usure déguisée sous le couvert d'une association. Elle en demande en conséquence, la nullité.

Un arrêt de la Cour de Paris repoussa cette demande et maintint la créance : « Considérant, dit cet arrêt, qu'il résulte des pièces du procès, des faits et circonstances de la cause, que les six billets de 3,600 fr. chacun présentaient la part accordée au créancier dans les bénéfices que devaient procurer les hauts fourneaux, construits avec les fonds fournis par lui, laquelle part avait été réglée à forfait entre les parties;

« Considérant que la stipulation librement faite de cette part des bénéfices, indépendamment de l'intérêt légal de la somme prêtée, n'a rien que de licite, surtout dans le commerce, et qu'on ne saurait y voir le prêt usuraire prohibé par la loi. »

Mais cet arrêt, déféré à la Cour suprême, a été cassé le 17 avril 1837. La Cour décide, en principe, que la stipulation d'un règlement à forfait de la part des bénéfices ne saurait constituer une association ; que dès lors, se rattachant à un acte de prêt, pour lequel les intérêts légaux sont convenus, elle ne constitue qu'une usure déguisée, dont les tribunaux doivent annuler les effets [1].

1073. — On pourrait objecter que la détermination à forfait d'une somme représentant la quotité du bénéfice alloué n'a en elle-même rien d'illicite. Elle ne constitue, en effet, que la vente d'un gain futur et espéré ; et cette vente, que les théologiens qualifiaient *d'Assurance du bénéfice*, est incontestablement permise à l'associé [2].

[1] *D. P.*, 37, 1, 303. — * *Voy.* Civ., rej. 16 juin 1863, Sir. 63, 1.334.
[2] Troplong, tom. II, pag. 105, n° 638.

Pourquoi donc la prohiberait-on dans l'association bornée aux bénéfices ?

La réponse à cette objection et la raison de la différence réelle qu'elle signale se puisent dans la position respective de l'associé ordinaire et du bailleur de fonds.

Pour l'associé, le pacte n'est valable qu'en tant que l'assurance ne porte que sur le bénéfice et laisse complètement en dehors le capital par lui versé dans la société. Conséquemment le contrat peut bien, en ce qui le concerne, diminuer la perte, mais ne l'exonère jamais en totalité de la proportion à laquelle il est tenu, puisque son capital contribuera toujours à cette perte. La qualité d'associé, qui se puise dans la nécessité de cette contribution, continue donc d exister, quel que soit le mode convenu de sa participation au bénéfice. La vente qu'il fait de sa part, moyennant une somme déterminée, n'est donc qu'un contrat aléatoire, qu'un calcul des probabilités que l'acheteur a de son côté consultées. Elle ne viole donc aucun des principes, aucune des règles essentielles de la société. On pourrait d'autant moins la considérer comme un pacte léonin, que si le vendeur est dans le cas de gagner, il est également exposé à y perdre. En effet, les opérations commerciales peuvent produire des bénéfices tels que la somme qu'il a stipulée soit en dessous de celle qu'il aurait réellement touchée.

Le prêteur, au contraire, qui exige le remboursement intégral des avances qu'il fait et le paiement annuel des intérêts, ne se donne certes pas la qualité d'associé. Non seulement il ne contribuera pas aux pertes, mais encore il retire de son capital tout le produit qu'il doit ordinairement produire.

Cependant cette qualité d'associé il peut la prendre,

puisque, par une faveur bien entendue, on lui permet de stipuler, outre les intérêts, une part convenue dans les bénéfices. Mais cette qualité ne lui sera acquise que si les droits qu'elle lui confère restent soumis aux chances commerciales ; qu'autant qu'il demeure tenu des pertes, en ce sens que, celles-ci se réalisant, il ne touchera aucun bénéfice, ou qu'il n'aura qu'une part réduite,

Dès lors, s'il ne veut pas même se soumettre à cet aléa ; si le bénéfice lui est alloué, quoi qu'il arrive, il n'a jamais eu la qualité d'associé. Le contrat, quant à la part dans les bénéfices, ne peut être considéré que comme une conséquence, que comme une condition du prêt lui-même, et, conséquemment, que comme une usure déguisée. Dans tous les cas, il ne pourrait produire aucun effet, car il constituerait tout au moins la société léonine proscrite par la loi.

Au reste, en cette matière, la fraude est très facile, et cette facilité avait longtemps fait hésiter la jurisprudence ancienne sur la légalité de l'assurance du bénéfice. Pothier ne l'admettait qu'à la condition que le contrat n'interviendrait pas dans un temps voisin de la constitution de la société, afin qu'on ne pût soupçonner qu'il était la conséquence d'un pacte secret apposé à la convention, pour arriver au prêt à intérêt[1].

Ce motif a perdu son autorité depuis que le prêt à intérêt a trouvé place dans la législation qui nous régit. Conséquemment l'associé peut consentir l'abonnement à forfait de sa part du bénéfice dans l'acte social lui-même. Mais cet abonnement n'est licite qu'autant qu'il y a société, c'est-à-dire qu'autant que le capital reste exposé aux chances

[1] N° 27.

de pertes. Le prêteur qui exigerait le remboursement du capital et le paiement des intérêts ne pourrait donc l'obtenir sans se livrer à une usure que les tribunaux réprimeraient.

1074. — Pour l'associé lui-même, la légitimité du pacte que nous examinons est subordonnée à sa sincérité. Ce que la loi autorise, c'est un contrat sérieux, offrant aux parties une chance aléatoire qui en fait l'élément essentiel. L'absence de cet élément vicierait donc le contrat.

C'est ce qui se réaliserait si le vendeur, n'ayant d'autre but que d'éluder la prohibition de l'art. 1855, avait fait souscrire à son associé une convention lui assurant la totalité du bénéfice : l'appréciation de cette fraude est laissée à la prudence du juge. Mais on n'hésiterait pas à l'admettre si la somme stipulée pour prix de l'abonnement était telle qu'en la rapprochant de la nature et de l'importance de la société, il serait évident qu'elle comprend, ou à peu de choses près, l'universalité du bénéfice que les parties ont pu raisonnablement prévoir et espérer.

1075. — La société régulièrement constituée impose à chaque associé des devoirs qu'il ne pourrait enfreindre sans exposer sa responsabilité. Le premier de ces devoirs consiste dans le versement de sa mise au temps convenu dans le contrat.

1076. — Le refus de ce versement motiverait la dissolution de la société, avec obligation de réparer le préjudice pouvant en résulter. Nous rentrons ici dans l'application des principes généraux sur l'inexécution des contrats. Dans l'espèce, les dommages-intérêts seraient plus

ou moins importants, suivant que le refus aurait pour cause l'impuissance ou la mauvaise foi, c'est-à-dire la faute ou le dol.

Le retard dans le versement fait de plein droit courir les intérêts. Cette dérogation au droit commun se justifie par les principes spéciaux des sociétés. L'associé, profitant, jusqu'à concurrence de son émolument, des opérations faites avec les fonds versés par ses coassociés, ne pouvait être autorisé à retenir exclusivement les intérêts des sommes dont il est lui-même débiteur au fonds capital et qu'il détient au mépris d'un engagement formel. Il y a donc équité à le contraindre à rapporter ces intérêts à la masse commune.

Mais là ne se borne pas la peine du retard. Le but de la société étant de se livrer à des opérations dans l'intérêt de tous, chaque associé s'oblige à concourir à ce but et demeure garant du préjudice que son manque de foi a entraîné. Conséquemment, si le retard qu'il a mis à s'exécuter a privé la société de la possibilité de faire une opération avantageuse, il pourra être condamné à l'indemniser d'une perte dont il est seul l'auteur [1].

1077. — L'associé qui n'a d'autre mise de fonds que son industrie, doit conserver son industrie aux affaires sociales. C'est là son apport, en échange duquel il doit recevoir une part dans les bénéfices. Il doit donc le réaliser au même titre que les autres associés.

1078. — Les conséquences du refus ou du retard

* [1] L'art. 1846 C. civ. consacre, en matière de société, une double dérogation aux principes généraux sur la mise en demeure et sur l'étendue des dommages-intérêts. — *Voy.* art. 1146, 1139, 1153, C. civ.

qu'il mettrait à s'exécuter seraient celles que nous venons d'exposer pour l'associé devant verser un capital quelconque. Elles pourraient même être plus sévèrement appréciées. En effet, son concours peut être tellement indispensable, que sans lui l'opération ne puisse être réalisée. On peut suppléer par le crédit à un besoin d'argent ; on ne supplée jamais aux connaissances spéciales dont l'exploitation est devenue la matière de la société.

Dans un cas comme dans l'autre, une réparation pécuniaire devrait accompagner la résolution du contrat, à moins, toutefois, que le refus ou le retard ne pût être imputé à la volonté de son auteur. C'est ce qui se réaliserait dans le cas, par exemple, où l'associé n'aurait été empêché que par un état de maladie légalement constaté. Nul n'étant tenu de la force majeure, la résolution, si elle était demandée, pourrait être prononcée, mais sans aucuns dommages-intérêts.

1079. — L'industrie promise à la société devient, à partir de sa constitution définitive, la chose commune à tous les associés. C'est ce qu'exprime formellement l'art. 1842, en disposant que tous les gains que cette insdustrie a produits doivent être rapportés à la masse commune.

Il résulte de là que l'associé s'est, par le fait seul de l'association, interdit d'exploiter soit pour autrui, soit pour son compte personnel, l'industrie qu'il s'est engagé de consacrer à la société. Cette prohibition n'est que l'effet naturel et juste de l'association. Tant qu'elle existe, la disposition de tout l'apport, et notamment celle de l'industrie qui en fait l'objet, n'appartient plus à tel ou à tel associé; elle est exclusivement attribuée au corps

moral, à la société elle-même. Elle ne peut donc plus être exploitée que dans son intérêt. L'obligation de lui tenir compte des gains même d'une exploitation illicite assure l'effet de la prohibition, en rendant la première sans intérêt pour celui qui oserait se la permettre.

Mais l'effet de cette prohibition se concentre sur l'industrie promise à la société. Conséquemment, si l'associé en avait une seconde, il pourrait continuer de l'exploiter pour son profit personnel. Cette faculté est cependant subordonnée à cette condition, que son exercice n'occasionnerait aucune atteinte à ses devoirs sociaux. Il ne faudrait pas, en effet, que l'une fît oublier ou négliger l'autre. Une conduite de ce genre constituerait une fraude dont il serait dû réparation.

1080. — L'administration du fonds commun doit être dirigée dans l'intérêt exclusif de la société. C'est dans ce sens que l'art. 1850 déclare chaque associé tenu, envers l'être moral qui les personnifie, des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

1081. — Dans la discussion au Conseil d'Etat, M. Lacuée fit remarquer que le mot *faute* était trop vague. On pourrait, disait-il, en abuser pour rendre l'associé responsable des événements qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe.

MM. Treilhard et Berlier répondirent : que les tribunaux sauraient faire la distinction que réclame la justice ; que la loi ne pouvait que s'en rapporter à eux ; vainement elle entreprendrait de spécifier tous les cas de responsabilité ; des spéculations raisonnables qui tournent mal sont un malheur et non une faute ; tout cela doit être

décidé *ex æquo et bono;* l'expression employée n'y fait pas obstacle, et il est d'ailleurs impossible de la remplacer par aucune autre qui ait un sens tout à la fois plus précis et moins dangereux [1].

1082. — Il importait de rappeler cette discussion, car elle a le mérite de bien définir la pensée du législateur et de déterminer le sens précis des termes qui la manifestent. La volonté de la loi se résume dans cette doctrine de Pothier : Chaque associé n'est tenu que de la faute ordinaire et non de la faute la plus légère. On ne peut exiger de lui que le soin dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires; s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont, dans leurs affaires, les plus habiles pères de famille, ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui [2].

Ainsi, les obligations d'un associé vis-à-vis la société sont celles d'un bon père de famille, ce qui signifie qu'il est responsable non pas de la faute lourde seulement, mais encore de la faute légère. Il n'y a que la faute très-légère pour laquelle on ne saurait le rechercher [3].

1083. — En présence de ce résultat, il semblerait inutile de se préoccuper de la fraude. Celle-ci n'est, en effet, que la faute portée à son plus haut degré de gravité. Il y a donc un *à fortiori* incontestable pour la responsabilité de celui qui est tenu de la faute légère; mais si la fraude n'a que peu d'influence quant au principe de

Procès-verbal du 5 janvier 1804, nº 18.

[2] *Contrat de Société,* nº 24.

[3] Troplong, art. 1850, nº 576.

l'obligation, elle en exerce une puissante sur son application. Les dommages-intérêts prononcés à son occasion se calculent autrement que ceux encourus pour une simple faute. Il convient donc de rechercher ce qui la caractérise.

La fraude, comme la faute, réside dans un fait ayant occasionné un préjudice. Mais celle-ci peut être involontaire, la fraude jamais. Sans doute elle n'exige pas que l'intention mauvaise ait été préméditée; il suffit, il faut même que cette intention ait existé au moment de la consommation de l'acte préjudiciable, car si l'acte a été accompli de bonne foi, il peut constituer une faute, mais bien évidemment on ne pourrait y rencontrer une fraude.

Cette distinction est utile et sert à résoudre les difficultés que la qualification du fait peut faire naître. Il y aura faute, si ce fait est involontaire; il y aura fraude, s'il n'est que le produit d'une volonté évidente et certaine.

1084. — Or cette volonté est légalement présumée lorsque le fait est de telle nature qu'on ne peut lui prêter un autre mobile. Ainsi, qu'un administrateur ou qu'un gérant omette de faire une opération qui eût procuré de grands bénéfices, ce peut être une faute assez grave pour engager sa responsabilité, mais cette omission n'entraîne pas nécessairement l'idée de fraude. Les motits allégués pour la justifier peuvent même en exclure tout soupçon.

Mais si l'administrateur, si le gérant, ne s'est pas contenté de s'abstenir; si cette opération qu'il a omis de faire pour le compte de la société, il l'a directement ou indirectement réalisée à son profit, il n'y a plus seulement faute, il y a fraude. Le motif de l'abstention se place alors naturellement dans une intention de s'avantager au préjudice

de ses coassociés dont il devait, avant tout, protéger les intérêts. Cette intention est précisément ce qui constitue la fraude. On présumera donc celle-ci jusqu'à preuve contraire.

Il en serait de même du cas ou l'administrateur ou le gérant aurait appliqué à son profit personnel les ressources sociales ou réglé ses propres dettes par l'emploi de la signature sociale. Des faits de cette nature, en regard des devoirs que sa position lui impose, sont exclusifs de toute idée de bonne foi. Or ce n'est que l'existence de celle-ci qui peut enlever à un fait le caractère de fraude et lui faire revêtir celui d'une faute plus ou moins légère.

1085. — La responsabilité, en cas de fraude ou de faute, s'apprécie relativement à chaque opération et non sur l'ensemble de la gestion. L'associé qui procure un gain à la société n'accomplit qu'un devoir dont il ne pourrait se prévaloir pour se soustraire à la juste indemnité que sa faute ou sa fraude lui fait encourir. C'est dans ce sens que l'art. 1850 prohibe toute compensation entre la perte résultant de la faute et le profit réalisé dans d'autres affaires.

1086. — La distinction entre la faute et la fraude est encore utile pour l'appréciation du droit de demander, à toutes les époques, la dissolution de la société.

La fraude confère incontestablement ce droit à tous et à chacun de ceux qui en sont les victimes. Celui qui a trompé ses associés, qui a cherché à s'avantager à leur préjudice, s'est rendu indigne non seulement du mandat qui lui aurait été confié, mais encore de la qualité d'associé. Il a, en effet, ouvertement violé cette fraternité

sur laquelle la société repose, substitué une juste méfiance à cette confiance réciproque qui en fait la base. Son passé enlève à l'avenir toutes garanties et rend conséquemment inévitable la rupture de toutes relations.

La faute, au contraire, ne donne pas nécessairement lieu à la dissolution. La bonne foi de celui qui l'a commise ne fait sans doute nul obstacle à ce qu'il soit tenu de la réparation du préjudice, mais elle doit puissamment influer sur la question de savoir s'il y a, ou non, lieu de résoudre le lien social. Il n'y a aucune assimilation possible entre celui qui, par un défaut de prévoyance ou de capacité, a involontairement causé un dommage qu'il supporte d'ailleurs lui-même proportionnellement, et celui qui, dans un but de cupididé, a déloyalement, cherché à s'avantager au préjudice de ceux qui lui avaient confié leurs intérêts. On ne peut donc appliquer les règles de la fraude à la faute, à moins que, par sa gravité, elle donne lieu de suspecter la bonne foi de son auteur.

1087. — Mais la faute suffit pour autoriser le retrait du mandat conféré par l'acte social. Aux termes de l'art. 1856, le pouvoir donné dans cet acte ne peut être révoqué pendant la durée de la société, à moins d'une cause légitime. Or la faute reprochée à l'administrateur et au gérant constituerait cette cause légitime. Les associés ne députent l'un d'entre eux que parce qu'ils lui supposent l'aptitude et la capacité exigées par les fonctions qu'ils lui confient. Sa gestion les forçant à modifier leur opinion, il est juste de leur permettre de revenir sur un choix que rien ne justifie plus, et à révoquer des fonctions qui pourraient offrir des fautes nouvelles, si elles restaient dans les mêmes mains.

1088. — En thèse ordinaire, le sort d'une société, valablement et légalement constituée, ne saurait dépendre du caprice et de la légèreté d'un associé. En conséquence, la dissolution, uniquement fondée sur la volonté de l'un d'eux, devrait être repoussée. Il en serait autrement si la dissolution n'était que la conséquence d'un vice, soit intrinsèque, soit extrinsèque, déterminant la nullité de la société, comme si, par exemple, l'acte d'une société commerciale n'avait pas reçu la publicité voulue par la loi. Chaque associé pouvant faire valoir cette nullité, pourrait, par une déduction naturelle, faire ordonner la dissolution.

1089. — Le législateur a cependant admis une exception à l'interdiction de demander isolément la dissolution. L'art. 1865 dispose, en effet, que la société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de ne plus en faire partie. Mais cette exception pouvant devenir un instrument redoutable de fraude, on n'est recevable à en revendiquer le bénéfice qu'aux conditions suivantes :

1090. — 1° Que l'acte de société n'ait fixé aucun terme à sa durée [1]. Le législateur ne s'est pas dissimulé la gravité de l'atteinte que l'art. 1865 porte au droit commun ; il n'a pas perdu de vue cette maxime d'équité et de raison : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis* [2]. Il ne s'est donc décidé à la consacrer que dans des hypothèses recommandées et légitimées par des motifs considérables.

[1] Art. 1869.
[2] L. 5, Cod. *De oblig. et act.*

Ces motifs, il les a trouvés dans la perpétuité de la société que l'acte laisse illimitée. En effet, indépendamment de la répugnance, à diverses reprises manifestées par la loi, pour les engagements enchaînant la vie entière, et pouvant par cela même compromettre la liberté de celui qui les a souscrits, une pareille société serait, dans bien des cas, destinée à survivre aux éléments qui en formaient la base. La confiance réciproque, l'esprit d'union et de fraternité peut ne pas se continuer perpétuellement. Maintenir la société alors que l'une et l'autre auraient disparu, par le seul effet du temps, c'était rendre la société une véritable chaîne odieuse, insupportable, contraire même aux intérêts de toutes les parties. Le désir d'éviter un pareil écueil justifie complètement la décision sanctionnée par le législateur, dans laquelle M. Troplong ne voit, avec raison, qu'une loi de prudence [1]. Or, puisqu'on n'a à le redouter que dans les sociétés perpétuelles, la condition de cette perpétuité, exigée par l'art. 1869, se trouve parfaitement justifiée.

De cette condition résulte donc que l'exception la plus péremptoire à la dissolution poursuivie par un des associés, réside dans la preuve qu'un terme a été convenu dans le pacte social. Or, à ce sujet, il n'est pas hors de propos de rappeler que le terme n'a pas besoin souvent d'être expressément stipulé; qu'il est naturellement indiqué soit par l'objet de la société même [2], soit par sa

[1] Art. 1869, 1870, nº 966.

* Selon M. Duranton, chaque associé aurait la faculté de demander la dissolution de la société toutes les fois que le terme n'en aurait pas été fixé expressément par les parties, et notamment dans le cas où elle aurait été contractée, sans fixer de terme, pour une entreprise d'une durée limitée. (XVII, 476.) Cette opinion est critiquée avec rai-

nature. C'est donc par la détermination de l'une et de l'autre qu'on résoudra si la société est ou non perpétuelle. L'existence d'un terme implicite ou explicite, faisant évanouir ce caractère, soumet la demande en dissolution aux règles tracées par l'art. 1871 [1].

1091. — 2° Que la renonciation de l'associé soit faite de bonne foi.

Le législateur, mu par les considérations que nous venons d'exposer, n'a pas voulu consacrer des liens éternels, mais il n'a pas entendu que la faculté de les dissoudre pût, dans aucun cas, couvrir une fraude préjudiciable. C'est donc à celui qui prétend user de cette faculté à prouver qu'il remplit la condition que nous examinons, c'est-à-dire qu'il agit de bonne foi, sauf la preuve contraire, réservée de plein droit à ses associés.

1092. — Aux termes de l'art. 1870, la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul les profits que les coassociés s'étaient proposés de retirer en commun. Cette intention est de plein droit présumée lorsque, après avoir renoncé,

son par MM. Aubry et Rau (IV, § 384, p. 570, note 13). Ils font remarquer qu'un terme peut être fixé, non seulement d'une manière expresse, mais encore d'une manière tacite ou présumée (*voy.* art. 1844 C. civ.) — *Voy.* aussi Laurent, XXVI, 395. — Mais il faut considérer comme ayant une durée illimitée la société qui a pour objet des opérations dont le terme est indéfini, par exemple, l'exploitation d'une mine. — Civ. rej. 1er Juin 1859, Sir. 61, 1, 1113.

*[1] Les associés ne peuvent individuellement faire cesser les sociétés dont la durée est limitée explicitement ou implicitement, que par une demande en dissolution, fondée, *v. g.*, sur ce qu'un ou plusieurs associés auraient manqué à leurs engagements. — Req. 27 mars 1844, Sir. 45, 1, 212.

l'associé fait pour son compte personnel une opération que la société devait faire avec sa participation et son concours. *Si societatem ineamus,* dit le jurisconsulte Paul, *ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renunciasti societati ut solus emeres, tenebis quanti interest mea* [1].

1093. — Pothier offre cet autre exemple d'une renonciation frauduleuse : Durant le cours d'une société de tous biens que j'ai contractée avec vous, un de mes amis, étant au lit de la mort, m'avertit qu'il m'a institué son héritier ; je vais vite vous notifier que je n'entends plus être en société avec vous. Cette renonciation étant faite dans la vue de m'approprier la succession de mon ami, qui aurait dû tomber dans la société, est nulle, comme faite de mauvaise foi, et n'empêchera pas que cette succession n'y tombe, s'il y a du bénéfice [2].

1094. — Au reste, comme toutes les questions de fait, celle de savoir si la renonciation est ou non frauduleuse est abandonnée à la prudence et aux lumières des magistrats. La loi s'est contentée de poser le principe constitutif de la fraude. De quelque manière que le juge arrive à la conclusion, il lui suffit d'établir que, dans sa conviction, la renonciation a pour objet l'acquisition exclusive du bénéfice devant tomber dans la masse commune, pour qu'il doive ne pas s'y arrêter.

1095. — 3° Que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps.

[1] L. 65, § 4. Dig. *Pro socio.*
[2] *Des Sociétés,* n° 150.

La loi s'expliquant elle-même sur ce caractère de la renonciation, la déclare à contre-temps lorsqu'elle est faite dans un moment où les choses ne sont plus entières, et où il importe à la société que sa dissolution soit différée [1].

Il est, en effet, des circonstances qui rendraient une dissolution immédiate désastreuse pour tous les associés. Ainsi une société de commerce a fait des achats importants. Une baisse considérable des denrées qui en ont fait l'objet lui imposerait une perte certaine, si la dissolution la contraignait de revendre actuellement. Il lui convient donc d'attendre, et cette convenance chaque associé doit en subir les effets. Elle ferait donc repousser la demande en dissolution.

Vainement l'associé renonçant voudrait-il démontrer qu'il a, lui, un intérêt pressant à une dissolution immédiate. Dans l'appréciation de l'à-propos d'une renonciation, on doit exclusivement se placer au point de vue de l'intérêt social, sans tenir aucun compte de l'intérêt privé des associés. C'est ce qu'enseignait le droit romain : *Hoc ita si societatis interest non dirimi societatem semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit* [2].

1096. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune? C'est de lui enlever toute validité et partant toute efficacité. Ainsi, nonobstant la renonciation inopportune, la société continue d'exister. L'associé renonçant n'en reste pas moins soumis aux obligations et aux devoirs que sa qualité lui impose.

* [1] Art. 1870.
* [2] L. 65, § 5, Dig. *Pro socio*.

La renonciation frauduleuse oblige son auteur à rapporter à la masse, non seulement le gain illicite qu'il se proposait, mais encore celui qu'il n'a pu prévoir au moment de sa renonciation et qui lui est échu depuis, pourvu cependant qu'il dût tomber en société. En effet, la nullité de la renonciation, à quelque époque qu'elle soit prononcée, remonte au jour de sa date. Conséquemment la société n'a pas cessé d'exister et d'acquérir tout ce qui devait lui appartenir.

De là il suit encore que les pertes éprouvées par la société, depuis la renonciation, ne laisseront pas que d'être proportionnellement à la charge du renonçant et, enfin, que la société pourra le faire condamner à réparer, par des dommages-intérêts, le préjudice qu'elle a éprouvé de son défaut de concours si ce concours, ayant paru indispensable ou utile, avait été stipulé dans l'acte social.

1097. — Au demeurant, il importe de remarquer, avec M. Troplong, que la nullité de la renonciation est purement relative. Tous les associés, excepté le renonçant, sont admis à la faire valoir. De là il suit que si l'opération, en vue de laquelle la renonciation a été notifiée, s'est soldée par une perte au lieu d'offrir le bénéfice espéré, cette perte peut rester étrangère à la société; que les bénéfices que la société a réalisés après la renonciation peuvent lui être exclusivement acquis. Ce double résultat serait la conséquence forcée de l'acceptation que les associés feraient de la renonciation, que seuls ils peuvent quereller.

En définitive donc, celui qui renonce frauduleusement agit plutôt contre son propre intérêt que contre celui de ses coassociés. Il s'expose, en effet, à voir ceux-ci soit

lui demander compte du gain qu'il a illégitimement recherché et le faire contribuer aux pertes essuyées depuis la renonciation; soit lui laisser exclusivement la perte faite sur l'opération frauduleuse et lui refuser sa part dans les bénéfices par eux réalisés. On peut donc dire de lui ce que le jurisconsulte Paul dit de l'associé renonçant avant l'expiration du terme convenu : *Socium a se, non se a socio liberat*[1].

1098. — Dans les sociétés dont le terme a été stipulé soit explicitement, soit implicitement, l'exécution littérale n'offre plus l'inconvénient attaché à un engagement perpétuel. Le législateur revient donc purement à la règle que nous avons déjà indiquée : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* En conséquence, la dissolution de la société ne peut être demandée par un des associés, avant la terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs[2]. L'associé qui renoncerait contrairement à cette disposition, ferait donc un acte sans aucune efficacité; il serait à l'instar de celui qui renonce frauduleusement ou en temps inoportun, et s'exposerait aux mêmes résultats.

1099. — Les motifs pouvant légitimer la demande en dissolution sont indiqués, mais non limités par l'article 1871. C'est ce qui s'induit non seulement de la généralité de ses termes, mais encore de l'appel qu'il fait à l'arbitrage du juge pour l'appréciation des causes qu'il n'énumère pas spécialement. Il suffirait donc que celles invoquées par l'associé fussent jugées graves pour qu'on

[1] L. 65, § 6. Dig. *Pro socio.*
[2] Art. 1871 Cod. civ.

admît la dissolution. Nous avons déjà dit que la fraude dans l'administration ferait inévitablement dissoudre la société.

1100. — Si les prétentions de l'associé sont repoussées, la société continue d'exister jusquà son expiration. Mais ici peut s'offrir une importante difficulté. Supposez que l'associé réclamant soit précisément celui qui est le gérant indispensable de la société, celle-ci ne consistant que dans l'exploitation de l'industrie par lui apportée; supposez encore qu'après le jugement qui refuse la dissolution, il persiste dans son projet de retraite. Comment assurer l'exécution de ce jugement? Comment refuser la dissolution, si la volonté d'abandonner la gestion est nettement indiquée au juge avant qu'il ait prononcé?

1101. — Placée dans une position de ce genre, la Cour de Lyon a cru pouvoir admettre une exception à l'art. 1871. Dominée par cette pensée que les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts, elle a pensé que la dissolution était forcée, sauf le paiement de ces dommages, et c'est ce qu'elle ordonne par son arrêt du 18 mai 1823.

1102. — Cet arrêt n'a pas seulement le tort de créer à l'art. 1871 une exception que repousse la généralité de ses termes, il viole, en outre, ce principe écrit dans les règles générales en matière d'inexécution : que la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le droit de demander le maintien de l'obligation.

Il est vrai que si l'exécution en est impossible, on doit le remplacer par une allocation de dommages-intérêts,

mais l'impossibilité est ici laissée à l'appréciation de la partie intéressée, seule juge des moyens à l'aide desquels elle espère la faire disparaître.

Sans doute ces moyens ne peuvent aller jusqu'à faire appréhender le débiteur au corps pour l'obliger *manu militari* à faire ce qu'il refuse de faire. C'est ce que l'art. 1174 a pour objet d'empêcher. Mais ce que la loi a pu et dû permettre, c'est de vaincre la mauvaise volonté du débiteur en rendant l'exécution d'un tel intérêt pour lui, qu'il ne puisse longtemps s'y soustraire. A cet effet, l'allocation d'une somme déterminée par chaque jour de retard se recommande à l'attention du créancier, à celle de la justice.

Ainsi, quelle que soit la partie qui se refuse à remplir son engagement, elle ne saurait, se prévalant de sa propre faute, obtenir la dissolution contre l'opposition de l'autre partie. En demandant l'exécution du contrat, celle-ci ne fait qu'user d'un droit que la loi lui donne, et sur la conservation duquel la justice doit veiller. On doit donc, sur ses réclamations, maintenir le contrat, en ordonner l'exécution sous peine de payer une somme déterminée par chaque jour de retard. Admettre la résiliation serait non seulement violer la loi, mais encore donner une prime à l'impudence. Comment, en effet, qualifier autrement le langage de celui qui viendrait dire à ses juges : Je ne veux pas remplir mon obligation, et cette volonté je vous défie de ne pas la prendre en considération. Condamnez-moi à des dommages-intérêts, mais déliez-moi de mes engagements. Un pareil langage, s'il pouvait être efficace, décèlerait dans la loi une bien regrettable lacune et une impuissance qui n'existe heureusement pas.

1103. — La dissolution par l'échéance du terme de la société ou par suite d'une décision judiciaire fait cesser les rapports entre associés et substitue l'intérêt privé de chacun d'eux à l'intérêt général qui les avait unis jusque-là. Ses effets immédiats sont la liquidation et le partage.

Ce dernier est régi par les principes que nous avons déjà exposés. Le droit de chaque associé s'établit par les stipulations de l'acte social. Il reçoit les bénéfices et contribue aux pertes dans les proportions de son intérêt social.

Un effet plus immédiat encore de la dissolution, c'est de révéler le mode de gestion et les fautes que le gérant a pu commettre. Jusque-là, en effet, l'ensemble de l'administration est resté dans un certain vague que l'obligation de rendre compte doit nécessairement faire disparaître.

1104. — Ce compte doit être le résumé fidèle de la gestion, il doit avoir sa base et son contrôle dans les écritures sociales. L'irrégularité de celles-ci jette donc sur le compte des soupçons au bout desquels se trouvent bien souvent l'infidélité et la fraude.

1105. — La négligence dans la tenue des écritures est au moins une faute. Elle a pour effet d'empêcher les associés de contrôler les allégations du compte, d'en vérifier l'exactitude, d'en prouver l'infidélité. L'intérêt, que le gérant a incontestablement à ce triple résultat, doit commander une extrême circonspection dans l'appréciation de sa conduite. Une allocation de dommages intérêts, plus ou moins élevée, pourrait être la peine de

la négligence, à plus forte raison d'une irrégularité flagrante.

1106. — Le gérant est obligé de restituer non seulement les livres, mais encore tous les papiers sociaux. Le défaut de livres ou leur insuffisance est une faute extrêmement grave. En effet, elle a nécessairement les résultats que nous venons d'indiquer et à un degré encore plus prononcé de nocuité pour les associés, d'avantages pour lui. Comment avec des écritures insuffisantes juger sainement des opérations remontant à plusieurs années ? Comment reconnaître une omission, justifier une élévation dans les recettes, une exagération dans la dépense ?

L'absence on l'insuffisance des livres substitue donc le doute et l'obscurité à l'exactitude et à la précision si désirables en cette matière. La fraude peut en cet état être facilement supposée, et cette facilité, éveillant la juste susceptibilité de la justice, ferait non seulement accueillir les modifications appuyées sur des présomptions graves, mais encore condamner l'associé chargé des écritures à des dommages-intérêts.

1107. — La soustraction totale ou partielle des livres ou écritures est une fraude caractérisée. L'intention dont elle est l'exécution ne peut être douteuse, et mérite toute la sévérité de la justice. Les associés peuvent dans ce cas demander la production matérielle avec peine d'une somme déterminée par chaque jour de retard, ou se borner à réclamer des dommages-intérêts suffisants pour les indemniser de tout le préjudice.

Dans l'un et dans l'autre cas, la demande est suscep-

tible d'être différemment appréciée, selon qu'il s'agit d'une soustraction totale ou d'une soustraction partielle.

Rien ne saurait justifier la première, mais la seconde peut être plus ou moins nuisible, selon le caractère des livres en faisant la matière. Si ces livres ne sont pas indispensables pour arriver à un règlement équitable ; si le contrôle réservé aux associés peut utilement être fourni par les écritures produites, l'excuse de bonne foi pourrait être accueillie. L'intention qui a fait disparaître un livre auxiliaire suppléé par les livres principaux, n'est pas nécessairement frauduleuse, le préjudice peut en réalité ne pas exister ou du moins n'exister que dans des proportions minimes. Or, comme c'est surtout pour réparer celui-ci que des dommages-intérêts sont dus, on pourrait soit les refuser, soit les réduire dans les mêmes proportions.

Mais si la soustraction porte sur les livres principaux, on n'aurait pas à la distinguer de la soustraction totale. L'effet étant le même, la peine serait identique.

1108. — Au reste, il importe aux associés d'opposer au gérant toutes les objections leur compétant, avant le règlement matériel du compte; après ce règlement, le compte est définitif. Toute réclamation ultérieure viendrait échouer devant l'art. 541 du Code de procédure civile.

1109. — Cet article prohibe toute révision des comptes, et son applicabilité, en matière de société civile ou commerciale, ne saurait faire l'objet d'un doute sérieux. Les motifs qui l'ont dicté ne manquent pas de gravité, le législateur a compris que le comptable réguliè-

rement déchargé de sa gestion, par un arrêté de compte, n'a plus le même intérêt dans la conservation des pièces en formant les éléments ; qu'en cet état, le soumettre de nouveau à rendre son compte serait le placer dans la nécessité de faire ce qu'il n'est plus réellement en position d'accomplir.

La prohibition de l'art. 541 ne reçoit exception que dans un seul cas, à savoir : lorsque l'arrêté de compte a été surpris par le dol, extorqué par fraude ou ravi par violence. La preuve de l'un ou de l'autre entraînerait la nullité du contrat, et ferait remettre les parties dans le même état qu'avant. Cette exception, loin de détruire la règle, ne fait que la confirmer; ce ne serait pas, en effet, une revision de compte dont il s'agirait dans cette hypothèse. Le règlement frauduleux ou dolosif est censé n'avoir jamais existé, ce serait donc ce règlement qu'il s'agirait d'accomplir.

Si l'arrêté de compte n'est pas attaqué sous ce rapport, ou si, reproché à ce point de vue, il a été maintenu, l'art. 541 reprend tout son empire, toute revision est écartée de plein droit.

1110. — Reste l'action en redressement pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, que l'article 541 réserve lui-même. La nature de cette demande se détermine par la disposition entière de cet article. Evidemment l'action en redressement est autre chose que l'action en revision, sinon il faudrait reconnaître que le législateur a permis à la fin de l'article ce qu'il proscrit formellement au commencement.

Ce qu'il faut en conclure, c'est que par la défense de reviser le compte, la loi n'a pas voulu empêcher des récla-

mations, dont l'existence ultérieure ne se réalise tardivement que parce que les griefs qu'elles révèlent n'ont été découverts qu'après l'arrêté du compte. Des erreurs, des omissions, des faux, des doubles emplois, ne doivent profiter ou nuire à personne, on doit les réparer en maintenant toutefois les effets généraux du règlement des comptes.

De là il suit que, pour être recevable, l'action en redressement doit être nettement déterminée dans son objet. On ne doit pas se borner à prétendre en termes généraux et vagues qu'on a à signaler des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, il faut relever les articles du compte renfermant le vice reproché, fournir les pièces établissant l'erreur ou l'omission. Celui-là donc qui, sans offrir ce détail, se contenterait de soutenir qu'il est victime, qui même, sur le fondement de certaines pièces, se bornerait à prétendre que le reliquat du compte est erroné, devrait être déclaré non-recevable et succomber dans ses prétentions [1].

En d'autres termes, l'action en redressement laisse à l'arrêté du compte toute son autorité, il y a lieu seulement d'ajouter ou de retrancher jusqu'à concurrence des sommes omises ou portées en plus. Il faut donc nécessairement signaler les articles querellés dans l'un ou l'autre sens. Se renfermer dans des généralités, ce n'est pas vouloir faire redresser le compte, c'est en demander un second ou tout au moins reviser le premier, c'est, dans l'un ou l'autre cas, exiger ce que proscrit l'art. 541.

[1] Chauveau sur Carré, art. 541 ; — Cass., 2 mars 1831 ; — Bourges, 21 août 1831.

SECTION VI.

Fraudes dans les Prêts.

SOMMAIRE.

1111. Diverses espèces de prêt.
1112. Nature du commodat.
1113. Nature du prêt de consommation.
1114. Prêt à intérêt. — Historique.
1115. En quoi consiste l'usure.
1116. Critiques du droit que se réserve le législateur de déterminer un maximum d'intérêt. — Opinion des scolastiques, de Turgot, de J. Bentham.
1117. Réfutation quant à l'utilité de ce droit.
1118. Réfutation quant à la convenance.
1119. Réformes dont la loi de 1807 serait susceptible.
1120. Défaut de proportions entre les intérêts qu'il consacre et le revenu foncier.
1121. Véritable valeur de l'argent en matière commerciale.
1122. Abus du taux commercial appliqué aux lettres de change souscrites par des non commerçants.
1123. Ou aux prêts commerciaux faits par nantissement ou par crédit hypothéqué.
1124. Résumé.

1125. L'usure ne peut exister que dans le prêt. — Simulations nombreuses qui résultent de cette condition.

1126. Les questions d'usure présenteront donc plutôt des difficultés sur l'intention des parties que des difficultés de droit.

1127. Exemple d'usure dans un contrat de mariage.

1128. Erreur dans laquelle est tombée M. Dalloz sur la portée véritable de l'arrêt de la Cour de Riom.

1129. La doctrine de cet arrêt ne pourrait être admise sous l'empire de la loi de 1807.

1130. Difficultés sur les droits que l'usage attribue aux banquiers, en sus de l'intérêt légal.

1131. Nature de la commission.

1132. Nature de l'escompte.

1133. Nature du change.

1134. Légalité de ces droits contestée par plusieurs auteurs, MM. Chardon, Duvergier, Fremery, notamment.

1135. Réfutation.

1136. L'escompte ne saurait être considéré comme un intérêt conventionnel. — Opinion conforme de M. Troplong.

1137. Nature véritable du change.

1138. Facilité que ces divers droits donnent pour déguiser l'usure. — Conséquences.

1139. On reconnaîtra la vérité de l'escompte d'abord au taux auquel il a été établi.

1140. A la nature réelle de l'opération. — *Quid*, s'il s'agit d'un billet directement souscrit par le cédant lui-même?

1141. La même difficulté peut se présenter pour le change. — Solution.

1142. *Quid*, s'il existe une supposition de lieu ?

1143. Jugement du tribunal de commerce de Marseille, confirmé par arrêt d'Aix, dans une espèce où la supposition de lieu n'avait pas fait obstacle à l'existence du contrat de change.

1144. Le droit de commission peut-il être prélevé en l'absence d'un crédit ouvert par le banquier?

1145. Exception au principe admis par l'art. 1154, en matière d'anatocisme.
1146. La commission du banquier peut-elle être prélevée sur le solde reporté à nouveau ?
1147. Pour que la capitalisation trimestrielle des intérêts puisse être effectuée, il faut que le compte existe entre négociants, et que le compte ait été réellement arrêté.
1148. Le banquier peut-il prélever une commission sur chaque renouvellement des billets souscrits par un non commerçant ?
1149. Usure consistant à fondre les intérêts avec le capital.
1150. Première objection que la preuve testimoniale fera surgir.
1151. Deuxième objection.
1152. La preuve de l'usure acquise, quel sera le sort de l'acte ?
1153. La rétention des intérêts au moment de l'acte constitue une usure.
1154. Peut-on stipuler que les intérêts d'un capital fourni en argent seront payés en denrées ?
1155. *Quid*, si le prêt a été fait en denrées ?
1156. La loi de 1807 ne régit pas le prêt qui offre une chance aléatoire — Application de cette règle à la caisse hypothécaire.
1157. Application au contrat à la grosse.
1158. Supposition de l'existence d'un contrat à la grosse pour déguiser l'usure.
1159. Application de la règle concernant la chance aléatoire à la cession.
1160. Au contrat de rente en viager.
1161. Exemple d'usure déguisée sous l'apparence d'une rente viagère.
1162. Exemple d'usure déguisée sous la forme d'une donation. — Comment elle s'apprécie.
1163. Doctrine de Pothier.
1164. Arrêt conforme de Bordeaux et de la Cour de Pau.
1165. Exception que cette doctrine comporte.
1166. *Quid*, de la donation faite après paiement ?

1167. Usure peut résulter de l'exigence de services personnels appréciables en argent.
1168. Comment et par quel mode reconnaît-on qu'un service est ou non appréciable en argent.
1169. Usure peut se déguiser sous le contrat de société.
1170. Elle se dissimule facilement sous l'apparence d'une vente d'objets mobiliers.
1171. Dans quels cas peut-on quereller d'usure une vente de marchandises faite par un commerçant?
1172. La vente pure et simple d'un immeuble peut ne déguiser qu'un prêt usuraire. — Espèce jugée par la Cour de Paris.
1173. Reproche adressé à l'arrêt.
1174. Nature de la vente à réméré. — Répulsion qu'elle a inspirée au législateur.
1175. Raisons qui l'ont fait maintenir dans le Code.
1176. Circonstances devant la faire considérer comme un contrat pignoratif.
1177. La réunion de ces circonstances est-elle indispensable.
1178. Nécessité de l'existence du pacte de rachat.
1179. Effet de la vilité du prix et du pacte de rachat.
1180. Effet du concours de celui-ci avec la relocation.
1181. Conséquences de la déclaration que la vente n'est qu'un contrat pignoratif.
1182. Usure déguisée sous la forme du contrat d'échange.
1183. Devoir que cette facilité pour l'usure, à se déguiser, impose aux tribunaux.
1184. L'usure ne devient un délit que par l'habitude. — Mais chaque fait spécial donne ouverture à une action en faveur de la partie lésée.
1185. Objection tirée de l'art. 1341, opposée à la preuve testimoniale du délit d'habitude d'usure repoussée par la Cour de cassation.
1186. La même objection, appliquée à la poursuite de l'action de la partie lésée, consacrée par la Cour de Pau, et admise par M. Sirey.

1187. Le système contraire a triomphé en doctrine et en jurisprudence.
1188. Consacré par le simple bon sens.
1189. Faculté pour les juges d'admettre les présomptions graves et précises.
1190. Ou de déférer le serment supplétoire.
1191. Extrême prudence avec laquelle ils doivent procéder.
1192. Faut-il, comme l'enseigne M. Chardon, ne le déférer qu'au débiteur.
1193. Conséquences de l'usure reconnue sur l'exécution du contrat.
1194. L'action ouverte au débiteur passe à ses héritiers et ayants cause. — Elle peut être exercée par ses créanciers.
1195. Cette action ne peut être jointe avec celle du ministère public en répression du délit.
1196. Ce qui est jugé sur celle-ci ne peut influer en aucun sens sur l'instance au civil.
1197. La fin de non-recevoir tirée de la chose jugée ne peut résulter que du jugement consacrant définitivement la légitimité de la créance.
1198. Mais l'exception d'usure peut être proposée pour la première fois en appel.
1199. L'exception de chose jugée résulterait-elle d'un jugement validant une saisie faite en vertu du titre.
1200. L'usure ne pouvant être couverte, l'action ne saurait être écartée sous prétexte de ratification ou de transaction, à moins que l'une ou l'autre se fût réalisée après la libération.
1201. De quel moment commence à courir la prescription ?
1202. Par quel délai est-elle acquise pour l'usure ordinaire ?
1203. Quel est le délai pour l'usure palliée ?
1204. Durée de l'exception.

1111. — La loi distingue trois sortes de prêts : 1° celui des choses dont on peut user sans les détruire, c'est

le prêt à usage ou commodat; 2° celui des choses se consommant par l'usage, soit le prêt de consommation; 3° enfin le prêt à intérêt.

La gratuité qui est de l'essence de chacun d'eux, ne permet guère de prévoir une fraude, de la part du prêteur surtout. Cependant, comme il en résulte pour chaque partie des obligations et des droits, la fraude consommée dans l'exécution des premières, ou qui tendrait à annihiler les autres, donnerait lieu à une adjudication de dommages-intérêts.

1112. — A vrai dire, le commodat est une véritable cession de jouissance, une location, en quelque sorte. Dès lors, c'est par les règles que nous avons exposées dans notre section IV que se résoudront les difficultés soulevées sur l'exécution des obligations soit du bailleur, soit du preneur.

1113. — D'autre part, le prêt de consommation peut être assimilé à la vente. Ce qui en fait la matière, c'est la chose prêtée, qui devient la propriété de l'emprunteur et dont il peut disposer à son gré. Ce qui représente le prix, c'est l'obligation de restituer une chose de même quantité et qualité. L'exécution du prêt, c'est-à-dire la délivrance, la garantie des vices cachés, l'obligation de restituer au terme convenu, les fraudes que peuvent se permettre les parties, se trouvent donc naturellement régies par les principes que nous avons déjà exposés en parlant de la vente, et auxquels nous nous contentons de nous référer.

1114. — Nous arrivons au prêt à intérêt, qui se recommande si hautement à l'attention des magistrats

et des jurisconsultes par la facilité avec laquelle il devient un instrument de fraude. Notre ancienne législation ne le tolérait qu'avec aliénation du capital et proscrivait sévèrement tout profit autre que la rente aux taux légal et convenu.

Ces dispositions de la loi civile étaient conformes aux prescriptions enseignées par la théologie. Armée de quelques passages de l'Ecriture, l'Eglise s'était formellement prononcée contre le prêt à intérêt sans aliénation du capital.

Notre intention n'est pas de discuter la vérité de cette prohibition, de rappeler les diverses phases du prêt à intérêt, les attaques qu'il a subies, la défense dont il a été l'objet; on ne saurait, sur tous ces points, dire plus et surtout dire mieux que ne l'a fait M. Troplong dans sa préface du *Commentaire sur le prêt*. Nous renvoyons donc ceux qui voudraient être complètement édifiés sur les vicissitudes que le prêt à intérêt a traversées, au tableau si complet, si lucide qu'en a tracé cet habile et éminent magistrat.

Quant à nous, il nous suffit de trouver ce contrat inscrit dans notre Code pour que nous ayons à l'examiner sous le rapport de notre matière et à nous occuper des fraudes dont il peut devenir l'occasion. La principale de celles que le prêteur peut se permettre est sans contredit, l'usure.

1115. — En droit romain, l'usure signifiait l'intérêt que l'argent pouvait produire; en France, et à toutes les époques, l'usure n'a pas été prise dans cette acception, elle a toujours désigné le gain illicite que des prêteurs avides ont tenté de se procurer, soit par la violation

expresse de la loi prohibitive, soit en stipulant des intérêts au dessus du taux légal.

Il importe, en effet, de remarquer que toutes les législations, en admettant le prêt à intérêt, se sont réservé le droit d'en déterminer le taux. C'est spécialement ce qu'a fait le Code civil. Ainsi, après avoir permis de stipuler des intérêts, pour simple prêt soit d'argent. soit de denrées, le législateur ajoute immédiatement : L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi ; l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas [1].

Le législateur se réserve donc la faculté de restreindre la volonté des parties et d'établir un maximum d'intérêt au delà duquel la convention ne créera aucun lien obligatoire. Ce droit du législateur semble au-dessus de toute contestation. Il est évident, en effet, que, puisqu'il a le pouvoir de prohiber le prêt à intérêt, il a par cela même, en le consacrant, le droit de lui imposer telles limites qu'il croit indispensables à la sécurité de l'Etat et à l'ordre public. Cependant ce droit a été méconnu tant sous le rapport de son existence que sous celui de la convenance de son exercice.

1116. — Les scolastiques, d'une part, l'ont contesté en niant *à priori* la faculté de permettre un intérêt quelconque. Retirer un intérêt alors qu'on n'aliène pas le capital, c'est, à leurs yeux, contrevenir à l'esprit de la religion et violer le principe de la gratuité du prêt : *Mutuum date, nihil inde sperantes.* Cette objection a été repoussée par une plus saine interprétation des passages

[1] Art. 1907 du Code civil.

sur lesquels elle se fonde ; on a prouvé qu'ils renferment des principes de charité sublime, plutôt que des préceptes de justice rigoureuse [1].

Turgot ne s'est pas contenté de réfuter l'opinion des canonistes, il va plus loin, et après avoir recherché l'origine et les caractères du prêt à intérêt, il soutient que ce prêt dérive du droit naturel bien supérieur à toutes les législations; qu'en conséquence la faculté d'exiger un intérêt de son argent n'étant que la conséquence du droit de propriété, ne peut être refusée par le législateur; il lui conteste donc le pouvoir de la réglementer, la détermination du taux de l'intérêt devant être abandonnée à ses éléments naturels, c'est-à-dire aux chances du commerce lui-même.

D'autres publicistes éminents s'expriment plus énergiquement encore. L'un d'eux ne voit dans l'usure même *que la liberté pour les individus de faire leur condition comme ils le jugent convenable*. Il se résume, en conséquence, dans cette proposition : *Que nul homme parvenu à l'âge de raison, jouissant d'un esprit sain, agissant librement et en connaissance de cause, ne doit être empêché, même par des considérations tirées de son avantage, de faire comme il l'entend tel marché que ce soit dans le but de se procurer de l'argent, et que, par conséquent, personne ne peut être empêché de lui donner ce qu'il demande aux conditions qu'il veut bien accepter* [2].

Pour Bentham, le grand *critérium* de la sagesse et de la convenance des lois est leur utilité. Cette qualité s'apprécie dans chaque disposition légale par la proportion

[1] Turgot, *Mémoire sur les prêts d'argent*, §§ 25 et suiv.
[2] Jérémie Bentham, *Défense de l'usure*, lettre première.

des plaisirs et des peines en résultant, et par la supériorité de ceux-ci sur celles-là [1]. Soumettant ensuite à cette double recherche les lois répressives de l'usure, il arrive à conclure qu'elles sont sans efficacité, sans avantages aucuns pour ceux-mêmes qu'elles ont pour but de protéger; qu'au contraire elles engendrent, au point de vue commercial, des inconvénients nombreux et graves; qu'elles corrompent les mœurs puisqu'elles provoquent à la délation, à la trahison, à l'ingratitude, en offrant à l'emprunteur une récompense pour l'encourager à violer ses engagements et à déchirer la main secourable qui lui a été tendue; que, dès lors, les inconvénients dépassant de beaucoup les avantages, ces lois ne sont ni convenables, ni sages. L'opinion contraire, ajoute-t-il, n'est due qu'à des préjugés que le mot usure nourrit et entretient depuis longtemps.

1117. — N'en déplaise à l'auteur, le concert de malédictions et de plaintes que l'usure, a, de tous temps, soulevé, est un terrible argument contre sa thèse. L'opinion publique se trompe quelquefois, mais, quelle que soit la durée de son erreur, elle n'est jamais éternelle. La vérité finit par se faire jour et par triompher des ténèbres en obscurcissant l'éclat. C'est ainsi qu'on a vu et que nous voyons chaque jour des préjugés plus ou moins enracinés s'affaiblir, s'effacer et disparaître. Il faut donc induire, de ce que celui contre l'usure a traversé une succession de siècles sans avoir rien perdu de sa force, que, au fond, ce qui l'avait fait naître n'a rien que de très réel. Il ne faut donc pas s'étonner qu'il ait survécu. Est-ce que les

[1] Jérémie Bentham, *Traité de législation*.

plaies de l'usure ne sont pas aussi hideuses, aussi saignantes qu'elles l'étaient dans les siècles précédents?

Nous le reconnaissons sans peine, au point de vue où se placent Turgot et Bentham, leur opinion ne manque pas d'une certaine gravité, et nous comprenons ce dernier s'écriant : Pourquoi m'empêcheriez-vous de demander le dix, le vingt pour cent d'un argent qui, par la spéculation, va en procurer quarante ou cinquante à mon emprunteur ? Il est évident que, dans les hautes opérations de finance, de commerce ou d'industrie l'usure est moins redoutable que dans les affaires ordinaires. Sa répression peut même conduire à l'anomalie signalée, mais le remède conduirait, lui aussi, à de singuliers résultats. Si on a pu, en effet, à l'origine de l'opération, stipuler un intérêt de dix ou de vingt pour cent, cet intérêt sera payable, alors même que la prévision sur laquelle il a été calculé ne se réaliserait pas et que l'emprunteur, loin de faire un bénéfice quelconque, ne retirerait qu'une perte même considérable. Serait-ce là de la justice?

La liberté illimitée réclamée par Bentham n'est donc pas dans le cas d'établir la proportion équitable entre le prêteur et l'emprunteur. Le moyen de le faire, notre droit l'a trouvé et admis. Nous avons vu, en traitant de la société, que le bailleur de fonds pouvait, outre et indépendamment de l'intérêt légal, stipuler une part déterminée par les bénéfices; et ce moyen, admis par l'équité, est avoué par la plus stricte justice. En effet, le prêteur ne sera pas réduit à n'avoir que le six pour cent là où l'emprunteur en touchera vingt ou trente. D'autre part, la participation au bénéfice ne se réalisera que lorsqu'il y aura un bénéfice, et ainsi l'emprunteur ne paiera, en cas de perte, que l'intérêt légitimement acquis au prêteur.

On le voit, l'anomalie signalée par Bentham s'évanouit et tombe sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'abrogation des lois prohibitives de l'usure.

Au reste, l'inconvénient fût-il réel et irréparable, son existence pourrait-elle prévaloir contre les conséquences de l'usure, au point de vue dont le législateur devait surtout se préoccuper? En effet, à côté de ceux que Bentham appelle les gens à projet et dans l'intérêt desquels il réclame la liberté illimitée de l'intérêt, existent le modeste commerçant, les travailleurs, les petits propriétaires. Osera-t-on soutenir, par rapport à eux, l'innocuité de l'usure? Mais une longue et triste expérience est là pour démontrer que ses exactions ont pour résultat leur ruine tellement inévitable, qu'on pourrait prédire avec certitude le moment où elle se réalisera. En présence d'un pareil état des choses faut-il justifier le législateur et discuter les raisons qu'on oppose à l'exercice du droit de déterminer un maximum d'intérêt?

Nous ne pouvons d'abord admettre que celui qui s'abandonne en proie à l'usure agisse librement et en connaissance de cause. Personne n'accepte volontairement pour sa famille et pour lui la perspective presque assurée de la ruine et de la misère. Celui qui en court la chance ne le fait donc que vaincu par une nécessité invincible, que dominé par des besoins urgents, qu'entraîné par une passion funeste. Le contraire fût-il vrai, quel motif y aurait-il pour permettre à qui que ce soit de profiter d'une volonté évidemment pervertie? La loi ne peut empêcher matériellement le suicide; elle n'a pas même cru pouvoir en consacrer la prohibition; mais elle n'hésite pas à punir celui à qui on aurait eu recours pour l'accomplir et qui se serait prêté à sa consommation.

Pourquoi donc n'aurait-elle pas fait pour le suicide moral ce qu'elle fait pour le suicide physique?

Sans doute il n'appartenait pas au législateur d'imposer, comme règles obligatoires, ces préceptes d'incommensurable charité qu'enseigne la loi divine; mais ce qu'il pouvait, ce qu'il devait faire, c'était de punir celui qui, voyant son prochain se jeter aveuglément au devant du précipice, au lieu de le retenir, l'y plonge de sa propre main pour satisfaire une odieuse, une infâme avidité.

La répression de l'usure est donc hautement approuvée par la morale. Le droit que s'est réservé le législateur est donc parfaitement juste. Nous ajoutons qu'en le répudiant, il eût méconnu formellement la mission qu'il a à remplir.

Que l'usure touche à l'état politique des peuples, c'est ce qui ne saurait être nié sans faillir à la vérité la plus éclatante. L'influence qu'elle exerce sur le bien-être des citoyens, sur le paiement des impôts, sur la tranquillité publique, la rend une question éminemment sociale et la recommande à l'attention spéciale de l'homme d'Etat. N'est-ce pas l'usure qui fut, à Rome, la cause de ces séditions qui menacèrent l'existence même de la République naissante? N'est-elle pas également indiquée par tous les historiens comme un des fléaux qui précipitèrent la ruine du Bas-Empire et le livrèrent en proie à l'invasion des Barbares?

Oui, l'usure peut être considérée comme un malheur privé. Laissez-lui ses coudées franches, et vous la verrez s'attacher bientôt à tout ce qui fait la prospérité des Etats et en déssécher les sources. L'agriculture sera désertée, car elle ne produira pas de quoi satisfaire aux

exigences d'un créancier avide; accablé sous un joug de fer, le cultivateur cessera bientôt d'exploiter son modeste héritage, lorsque les sueurs dont il l'inonde tourneront au profit exclusif du prêteur, qui ne tardera pas, d'ailleurs, à l'en chasser. Le commerce lui-même, au nom duquel on réclame la liberté illimitée, ne pourra bientôt plus suffire à ce ver rongeur, et ne pourra que languir et s'éteindre, et l'on contesterait au législateur le droit d'intervenir! Mais comment conçoit-on la mission que l'économie politique lui impose et quelle idée se fait-on de l'intérêt public?

Qu'on ne traite pas nos prévisions de craintes puériles, d'exagérations chimériques; nous ne faisons malheureusement que de l'histoire, dont le langage a souvent toute l'autorité d'un chiffre. Sans remonter même à des temps déjà éloignés, reportons-nous à ces temps d'entraînements qui virent proclamer la liberté absolue dans la stipulation des intérêts, et voici ce que nous trouverons : « On vit porter les intérêts à un taux excessif, vingt, trente, quarante, cinquante et même soixante pour cent. La France compta par milliers les ruines et les fortunes scandaleuses. L'usure, qu'aucun frein ne retenait plus, fit irruption dans la société, elle s'y implanta et y jeta des racines tellement profondes, que la sévérité des lois et des magistrats n'est pas encore parvenue à les extirper entièrement. L'ordre social eut tant à souffrir des ravages de l'usure, qu'on sentit le besoin de la proscrire de nouveau, et c'est alors que fut rendue la loi du 3 septembre 1807 [1]. »

Ainsi, dix-huit ans de liberté absolue, de 1789 à 1807,

[1] Petit, *Traité de l'usure*, liv. 1, pag. 24.

avaient non seulement rendu le mal présent dangereux et intolérable, mais encore grevé déplorablement l'avenir. Où en serions-nous arrivés si, aux réclamations incessantes des populations désolées, le législateur eût répondu qu'il n'avait pas le droit d'intervenir ?

Ainsi l'*utilité* d'une loi répressive, ce grand *critérium* qu'exige Bentham est parfaitement démontrée. Vainement fait-on observer que cette loi n'a pas mis fin à l'usure. Le législateur n'a pas pu être arrêté un instant par la pensée qu'on éluderait sa volonté. Tout ce qu'il devait faire d'ailleurs, c'était d'édicter une peine dans cette prévision, et c'est un devoir auquel la loi de 1807 n'a pas failli. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais un premier effet est obtenu. L'usure ne se manifeste plus le front haut et la démarche assurée, elle se cache, elle s'enveloppe dans le mystère et l'ombre au milieu desquels la sagacité de la justice sait et peut quelquefois l'atteindre et la punir.

1118. — La question d'utilité tranche celle de la convenance. Cependant les raisons qui ont fait contester cette dernière exigent un examen sérieux. Nous avouons même qu'en pareille matière une loi fixe, immuable n'est pas dans la nature des choses; qu'elle est dans le cas de substituer le mensonge à la vérité, et de se placer en contradiction avec les intérêts qu'elle a pour objet de garantir.

Qu'est-ce, en effet, que l'intérêt ? Les économistes ont beaucoup écrit sur la matière, sans cependant prendre à tâche de réduire la question dans les limites les plus nettes, dans les termes les plus simples. M. Say voit dans l'intérêt le profit du capital ainsi que celui du fonds de

terre, et il le définit : Le prix d'un service qui n'est pas un travail humain, mais qui est néanmoins un service productif, lequel concourt à la production des richesses, de concert avec le travail humain [1].

A travers ces expressions, qui ne pèchent pas par un excès de clarté, M. Say a sans doute voulu dire que le prêt n'exige aucun travail de la part du prêteur, qui acquiert, par la disposition qu'il fait temporairement de son capital, le droit de participer au bénéfice que le travail de l'emprunteur doit faire produire à ce capital. En d'autres termes, le capital est une propriété dont la jouissance, cédée à un tiers, est susceptible de produit en faveur du propriétaire. Le prêt n'est donc, en définitive, qu'un louage dont l'intérêt est le prix. Telle est aussi, nous l'avons dit, l'opinion de Turgot.

Cela posé, il semblerait en résulter que le taux de ce loyer doit être abandonné à la libre disposition des parties, ou du moins n'obéir qu'aux fluctuations que feront surgir les causes de nature à exercer sur son cours une influence nécessaire.

Or ces causes sont :

1° L'abondance ou la rareté de l'argent. Chacun convient, en effet, que c'est là un des éléments essentiels pour la fixation de l'intérêt, dont la détermination se règle sur la quantité des capitaux disponibles et prêtables; qu'ainsi le taux est naturellement bas dans les pays riches, élevé dans les pays pauvres.

Mais pour que l'abondance ou la rareté du numéraire ait une influence réelle sur le cours des intérêts, il faut que l'une ou l'autre trouve sa cause dans un fait pure-

[1] *Traité d'économie politique*, chap. 8, l. 2.

ment commercial, à savoir : la diminution ou l'augmentation des besoins des travailleurs. Donc, l'accroissement des richesses, entre les mains de ceux-ci, devra nécessairement être considéré comme le second terme de la proposition. En effet, le loyer de l'argent, considéré comme instrument de travail, sera moindre, suivant que l'argent sera plus offert que demandé. Or ce résultat ne sera pas toujours la conséquence uniquement de l'abondance du numéraire entre les mains des capitalistes, il sera surtout déterminé par la diminution des besoins chez l'emprunteur. Supposez, en effet, que les besoins soient les mêmes, l'abondance d'argent chez le disposeur ne sera pas pour lui un motif d'en abaisser le prix. Elle deviendra bien plutôt l'occasion de réaliser de plus gros bénéfices, soit en travaillant sur une plus grande échelle, soit en ne satisfaisant que les besoins de la place, à l'effet de maintenir un taux favorable à ses intérêts.

Ce qui donc influera réellement sur le prix de l'argent, c'est la position et les besoins des travailleurs. Tant que celle-ci sera précaire, tant que ceux-là seront urgents, ils seront forcés de subir le joug des disposeurs, seuls en mesure de leur fournir l'instrument capable de les faire vivre eux et leur famille.

Que si, au contraire, leur position s'est améliorée, si le besoin de recourir à autrui se fait moins sentir, parce que, dans une certaine mesure, ils ont acquis ce qui leur est nécessaire, ils pourront à leur tour n'accepter ce qui manque au développement de leur industrie qu'à des conditions que celui qui le leur offre sera forcé d'accepter, sous peine de garder son argent improductif, ce à quoi les capitalistes se résignent difficilement.

Ainsi, c'est surtout dans les besoins des travailleurs

qu'il faut trouver les causes influençant le prix du loyer de l'argent. On ne doit pas cependant en exclure l'abondance de celui-ci entre les mains des capitalistes. Quelque réduits, en effet, que fussent les besoins, si les capitaux disponibles et prêtables étaient insuffisants pour les couvrir, toute baisse dans l'intérêt serait impossible.

2° Le développement de la confiance générale, représentée dans l'industrie par le développement et l'organisation du crédit. C'est encore à ce point de vue que la position des travailleurs influera puissamment sur le taux de l'intérêt. Commercialement parlant, ce taux ne représente pas seulement la valeur réelle du prix de l'argent, il doit, de plus, offrir une prime d'assurance pour les risques que court le prêteur, soit en raison des circonstances générales politiques ou industrielles, soit à raison des qualités et de la situation personnelle de l'emprunteur. C'est ainsi que les crises politiques ou financières exercent un contre-coup inévitable sur le prix de l'argent; c'est ainsi que, dans des circonstances égales, les maisons de premier crédit obtiendront l'argent à de bien meilleures conditions que les maisons d'un crédit moindre.

L'accroissement des richesses entre les mains des travailleurs, en affermissant leur crédit, fera évanouir d'autant les chances de perte, et amènera nécessairement l'affaiblissement de la prime que ces chances font percevoir confondue dans l'intérêt.

En résumé, le taux de l'intérêt se calcule sur le plus ou moins d'abondance de l'argent, coïncidant avec une diminution ou avec une augmentation des besoins; sur le développement du crédit devant rendre moins forte la prime d'assurance contre les dangers que court ou que

croit courir le prêteur. Chacun de ces éléments est essentiellement variable, et c'est ce caractère incontestable qui est invoqué contre la convenance d'une loi qui lui substitue une règle fixe et invariable. En effet, une pareille règle ne peut que favoriser le capitaliste, au détriment de la classe des travailleurs. Car, de deux choses l'une, ou la loi a été rendue dans un moment critique ou dans une époque de prospérité commerciale.

Dans la première hypothèse, le taux de l'intérêt admis par la loi se ressentira des circonstances au milieu desquelles elle aura été promulguée, et sera nécessairement dans de hautes proportions. Mais la crise cessant pour faire place à un état prospère, le taux de l'intérêt ne sera plus en rapport avec la vérité des choses, et il ne cessera cependant pas d'être exigé ou adjugé par les tribunaux.

Dans la seconde hypothèse, le taux légal sera nécessairement bas, et une crise survenant lui fera perdre toute proportion avec le prix réel de l'argent. Mais qu'arrivera-t-il ? Ce que voici : les disposeurs ne se contenteront pas de cet intérêt, et ils exigeront des avantages occultes qu'on ne pourra leur refuser sans renoncer à leurs fonds, au moment précisément où le besoin s'en fera le plus vivement sentir.

C'est donc, dans tous les cas, les travailleurs qui seront lésés par l'effet d'une loi régulatrice. Cet inconvénient ne se produirait pas avec la liberté des transactions. Si cette liberté, en effet, permettait, dans la seconde hypothèse, aux capitalistes d'exiger plus, elle laisserait, dans la première, aux travailleurs la faculté de donner moins. On ne pourrait plus leur dire : Je ne vous demande que ce que la loi m'accorde.

Ces considérations incontestables accusent un mal réel et le remède indiqué serait décisif, si le législateur n'avait dû prendre en considération que ce qui intéresse le commerce dans l'acception légale et probe qu'il comporte. Oui, nous croyons que dans l'exercice honorable de cette honorable profession, la liberté serait plus favorable à l'équité et surtout plus conforme à la réalité des choses. Mais il est dans le commerce de très fâcheuses exceptions, et bientôt, sous l'apparence d'une industrie qu'on exploiterait comme pour se couvrir d'un masque, l'usure s'ouvrirait une large voie et porterait ses ravages dans tous les rangs de la société.

D'ailleurs, à côté du commerce assez bien placé pour discuter les prétentions des usuriers et pour se passer d'eux au besoin, existe, ainsi que nous l'avons déjà dit, le commerce en petit, la classe des laboureurs, la petite propriété. Pour ceux-ci, il n'y a jamais des motifs pour la fluctuation des intérêts, car l'argent qu'on leur prête a pour garantie un modeste patrimoine que l'usure a bientôt englouti. Qu'importe à un riche négociant, à qui l'argent emprunté produit le vingt ou le trente, de payer dix à douze pour cent. L'opération est assez fructueuse pour qu'il consente à s'en contenter. Mais, comment voulez-vous appliquer une règle uniforme à ce négociant et à celui à qui un travail de tous les jours suffit à peine pour subvenir à ses besoins personnels et à ceux de sa famille; à celui qui n'a d'autre ressource que le revenu chétif d'un modeste patrimoine dont l'entretien a été souvent l'unique cause de l'emprunt.

Or ceux-ci, remarquez-le bien, sont les plus nombreux. C'était donc justice, dans l'examen de la question de convenance, de se décider pour le parti qui devait

surtout leur profiter, et c'est ce qu'avec raison a fait le législateur.

Maintenant, qu'on compare l'état de la France avant la loi de 1807, avec ce qui s'est réalisé depuis. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais, en définitive, il a cessé de progresser, il a même incontestablement diminué, sans qu'il en ait trop coûté au commerce. Quelle preuve plus décisive de la convenance parfaite de la loi.

Ainsi, à l'utilité, la législation réunit la convenance. Elle mérite donc l'approbation de tous. Aussi, lorsqu'en 1836 la Chambre des députés fut saisie de la proposition de l'abroger pour en revenir à la liberté des transactions, n'hésita-t-elle pas à repousser cette proposition que personne n'a renouvelée depuis.

Vraie et exacte en 1851, cette observation a cessé de l'être en 1865. En effet et depuis quelque temps on redemande l'abrogation de la loi de 1807, comme l'abolition de la contrainte par corps.

Un projet de loi consacrant celle-ci a même été présenté au Corps législatif qui n'a pu le discuter dans sa session de 1865. Quant à l'abrogation de la loi de 1807, une enquête a été faite sur son opportunité, et il paraît que le résultat n'a pas permis de la consacrer en l'état.

Quant à nous, nous le répétons, cette abrogation en ce qui concerne les opérations commerciales peut paraître une nécessité, mais pour les propriétaires, pour les agriculteurs on fera bien d'y regarder à deux fois, si on ne veut pas voir renaître les déplorables abus qui nécessitaient la promulgation de la loi de 1807 [1].

* [1] La loi du 12 janvier 1886 abroge, en matière de commerce, les lois des 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850, dans leurs dispositions

1119. — Ce n'est pas, au reste, que nous considérions cette loi comme le dernier mot sur la matière qu'elle régit. Elle a pu rendre service au moment de sa promulgation et à d'autres époques critiques qu'elle a eu à traverser dans ses quarante années d'existence, mais elle porte avec elle le cachet de son origine.

En 1807, la France était heureusement sortie des cataclysmes effrayants qu'elle venait de traverser, mais les affaires étaient encore bien loin de la prospérité qu'elles ont acquis depuis.

Aussi, des hommes de bonne foi, des financiers éminents, n'hésitent pas à considérer le taux de l'intérêt comme actuellement trop élevé. L'un d'eux, devant qui on parlait de l'intérêt légal, s'écriait, dites donc l'usure légale [1].

1120. — Quelle proportion y a-t-il, en effet, entre le revenu de l'argent à cinq pour cent et le revenu de la propriété foncière? Cependant leur corrélation intime intéresse, à un très haut degré, l'agriculture, dont la désertion est aujourd'hui le sujet de tant de réclamations, de regrets et de plaintes. Comment veut-on que les fonds se dirigent vers elle tant que l'argent pourra rendre ailleurs le cinq ou le six pour cent? Qui voudra abandonner ce produit assuré, n'exigeant aucun travail, pour chercher, après bien de dépenses, de peines et de fatigues, un revenu de deux, deux et demi, trois pour cent tout au plus.

relatives à l'intérêt conventionnel, et les laisse subsister en matière civile.

[1] M. M. Goudchaux, ministre des finances sous la République de 1848.

Ajoutons que l'un des éléments que nous avons vu concourir à la détermination du taux des intérêts, ne se rencontre pas dans les prêts civils. En général, ces prêts se font sous toute garantie. Il n'y a donc pas lieu d'accorder une prime d'assurance contre un danger qui n'existe que dans des proportions indéfinissables. Le cinq pour cent représente donc uniquement la valeur de l'argent, et, comme tel, il est exagéré. Comment est-il possible que le propriétaire puisse, avec un revenu de trois pour cent, payer cet intérêt, auquel viennent s'ajouter les frais d'enregistrement, ceux de timbre, ceux d'hypothèque, les honoraires du notaire, du courtier, etc., etc....

1121. — L'exagération que nous reprochons au cinq pour cent en matière civile, nous la retrouvons dans le six pour cent en matière commerciale. La preuve de cette dernière nous est fournie par les faits se réalisant journellement au vu de tous. Le banquier qui ferait le six pour cent à ses disposeurs passerait pour un homme ruiné. Aussi ce qu'il paye c'est : en temps de crise, le cinq pour cent; en temps ordinaire, le trois et demi ou le quatre; en temps de prospérité, à peine le trois. Cependant, à quelque époque qu'il prête lui-même, il exige le six.

On tenterait en vain d'expliquer cette différence par des raisons tirées de la position particulière des banquiers. Nous convenons que l'argent qu'ils reçoivent peut demeurer improductif dans leur caisse pendant un temps plus ou moins long; qu'ils ont à payer des frais considérables, des commis, des ports de lettre, une patente, etc.... Nous avouons que pour tout cela il leur est dû

une légitime indemnité. Mais, cette indemnité, ils la reçoivent par la faculté qu'ils ont d'exiger un droit de commission, d'escompte ou de change, de capitaliser trimestriellement les intérêts. Ils ne peuvent donc, sans vouloir se la faire payer deux fois, l'obtenir en outre sur la différence de l'intérêt.

Certes nul ne peut être incriminé de ce qu'il a le moyen de prendre au trois ou au quatre, ce qu'il donne au six. Tout ce que nous voulons induire de notre observation, c'est que la valeur réelle de l'argent n'est pas le six pour cent. Pour avoir celle-ci, il faudrait s'arrêter à ce que payent les maisons de premier crédit. Si elles donnent le trois ou le quatre pour cent, c'est que l'argent vaut à peine ce taux. Remarquons, en effet, que la prime d'assurance comprise dans le six pour cent, les maisons de premier crédit la supportent également, quoique sur des proportions moindres.

1122. — Un autre reproche à faire à la loi de 1807, nous est inspiré par l'exécution qui lui a été donnée, à savoir : d'autoriser la perception de l'intérêt commercial entre personnes non commerçantes et pour une opération qui n'a au fond rien de commercial. Il suffit, en effet, qu'un propriétaire, qu'un cultivateur souscrive une lettre de change, pour qu'il doive payer le six pour cent.

Ce résultat est surtout remarquable en ce sens que le prêteur, s'il portait son argent chez le banquier, recevrait le quatre pour cent. Mais prêtant à un cultivateur, il reçoit le six. Ainsi, s'il consentait à un prêt réellement commercial, il ne retirerait pas même l'intérêt civil ; il fait un prêt civil, il perçoit l'intérêt commercial. Singulière et étrange anomalie !

Ce qu'on objecte pour la justifier, c'est que la souscription d'une lettre de change est un acte commercial. Mais cette objection a le tort de s'arrêter à la surface et de sacrifier le fond à la forme, la réalité à la fiction. Ce qui fait que la loi donne à l'intérêt commercial un taux plus élevé qu'à l'intérêt civil, c'est qu'elle suppose que la somme empruntée est immédiatement versée dans le tourbillon des affaires [1]. A cette présomption se rattachent deux idées qui justifient l'élévation de l'intérêt : 1° une idée d'un bénéfice considérable pour l'emprunteur ; 2° une idée d'un danger pour le prêteur dans la chance de perte que court le capital ainsi exposé.

Rien de pareil ne se réalise dans l'emprunt contracté par un propriétaire ou par un cultivateur. L'un et l'autre ne sont réduits à le faire que par des besoins qui n'ont rien de commercial, et c'est à satisfaire exclusivement à ces besoins que seront affectées les sommes empruntées. Les condamner à en supporter l'intérêt au taux commercial, c'est aggraver leur position sans nécessité, c'est leur imposer une charge sans qu'ils aient été jamais dans le cas de jouir de la chance favorable dans laquelle le commerçant peut trouver une compensation à l'obligation qu'il assume.

On fait donc produire à la forme de l'acte un résultat que la loi semble avoir attaché à la qualité de la partie, cela est d'autant plus injuste, qu'en signant une lettre de change, le débiteur n'aura fait que céder à des exigences qu'il n'était pas maître de repousser. Le créancier imposera cette forme d'abord pour avoir six au lieu de cinq, ensuite pour obtenir la faculté d'agir par voie de con-

[1] Art. 638 du Code de commerce.

trainte par corps, ce qui est une garantie d'autant plus énergique que sa mise à exécution entraîne l'aliénation du bien dotal lui-même. On conçoit dès lors que le créancier tienne à ce mode d'obligation, qu'il en fasse la condition du prêt, et qu'il se procure ainsi un surcroît d'intérêt avec un surcroît de garantie.

L'intérêt commercial est donc injuste, lorsqu'en réalité l'argent prêté ne doit point devenir le sujet d'opérations de commerce, c'est-à-dire lorsqu'il est impossible de rencontrer d'une part le danger de perte, de l'autre la chance d'un bénéfice considérable, éléments que la loi a pris en considération dans la détermination du taux de l'intérêt. Leur absence laisse donc l'intérêt commercial sans aucun motif plausible et devrait en conséquence en entraîner le refus.

1123. — Nous en dirons autant du cas où le prêt fait à un commerçant est entouré de garanties telles qu'on se met à couvert des chances de pertes, en regard desquelles l'intérêt a été porté à un taux plus élevé. C'est ce qui se réalise dans le prêt fait sur nantissement, et dans celui qui ne se consomme que sur un crédit hypothécaire. Il n'y a pas, dans l'un et dans l'autre cas, ces chances aléatoires que l'idée du commerce entraîne, quelle que soit la condition future de l'emprunteur. Qu'elle se termine par une faillite, le prêteur rentrera dans ses fonds, il percevra même l'intérêt au six pour cent, il a donc un avantage sans avoir couru les dangers que la loi considère comme une juste compensation.

1124. — En résumé, nous avons prouvé que le législateur a le droit d'intervenir dans la détermination du

taux des intérêts ; que l'exercice de ce droit, sans déraciner le mal, l'atténue en réalité et en ralentit les progrès ; qu'à ce double point de vue, cet exercice est utile et conséquemment convenable ; enfin que la loi de 1807 n'est plus aujourd'hui dans de justes rapports avec la vérité des choses, et que l'intérêt qu'elle consacre est trop élevé ; que, dans l'exécution qu'elle reçoit, on arrive à des anomalies qu'il importerait de faire disparaître. Puisse la juste réforme que nous signalons frapper enfin l'attention du législateur et lui suggérer des dispositions dont l'urgence ne saurait, à notre avis, être méconnue !

Mais, en attendant, la tâche du jurisconsulte étant d'accepter les lois telles qu'elles existent, nous allons nous livrer à la recherche de l'usure dans les nombreux et divers déguisements dont elle a soin de s'envelopper.

1125. — L'usure consistant à s'attribuer un bénéfice excédant le revenu légal de l'argent, il est évident qu'elle ne saurait exister que dans le prêt. Mais cette condition essentielle n'aboutit fatalement qu'à ce résultat, à savoir : que les usuriers s'efforceront de déguiser leur opération sous l'apparence d'un autre contrat. Comment, en effet, se promettre un succès quelconque s'ils contractaient un prêt pur et simple ? La quotité de l'intérêt, rapprochée du capital, trancherait immédiatement la question de la légalité du premier et amènerait sûrement la répression de l'usure. Les dangers de cette franchise en font concevoir l'impossibilité. L'usure veut réussir, et, pour cela, il lui faut tout d'abord faire illusion sur l'acte même qui la cache.

1126. — Les questions d'usure seront donc des ques-

tions d'interprétation de l'intention des parties, il faudra presque toujours délaisser le texte de la convention pour en rechercher l'esprit. Quels seront les éléments de cette recherche? C'est ce que nous allons apprécier suivant la nature apparente du contrat; ce que nous devons dire tout d'abord, c'est que l'usure, avec une adresse infernale, sait se glisser partout, elle a même osé s'en prendre au contrat de mariage, c'est ce que nous apprend une espèce jugée, le 12 mars 1828, par la Cour de Riom.

1127. — En 1806, contrat de mariage du sieur Cheminat avec la demoiselle Mosnier. On constitue à la future une dot de 5,000 fr. payables dans un an avec intérêt au cinq pour cent jusqu'à cette époque, et avec intérêt au dix pour cent passé cette époque, la dot étant alors considérée comme un prêt d'argent.

En 1827, commandement du sieur Cheminat au sieur Mosnier pour avoir à payer, outre les 5,000 fr., 9,250 fr. pour les intérêts courus jusqu'alors, à raison de dix pour cent. Opposition fondée sur ce que les intérêts courus depuis la loi de 1807 ne sont dus qu'à raison de cinq pour cent. Jugement qui le décide ainsi. Mais sur l'appel, ce jugement est réformé, les intérêts adjugés au taux du contrat de mariage[1]

1128. — M. Dalloz, dans le sommaire dont il fait précéder l'arrêt, le résume dans cette proposition : On peut, sans qu'il y ait usure, stipuler dans un contrat de mariage des intérêts au-dessus du taux légal. Dans la note dont il l'accompagne, il lui reproche d'être, tout à la fois,

[1] D. P., 32, 2, 50.

contraire à la loi, à la lettre du contrat et à l'esprit des conventions matrimoniales.

Nous serions complètement de cet avis, si nous pouvions admettre que la Cour de Riom a réellement décidé en principe que la loi de 1807 doit rester sans application aux conventions matrimoniales.

Il est vrai que son premier motif paraît tendre à ce but, mais il est impossible d'isoler ce motif de l'espèce sur laquelle il est intervenu, et qui en explique nettement la portée.

Le contrat de mariage, soumis à l'examen des magistrats, portait la date de 1806. Or, à cette époque, on pouvait, dans un contrat de mariage, stipuler des intérêts au-dessus du taux légal, par l'excellente raison qu'on le pouvait dans tout autre acte. D'une part, en effet, la loi de 1807 n'avait pas encore été promulguée ; de l'autre, l'art. 1907 du Code civil permettait à l'intérêt conventionnel de dépasser l'intérêt légal toutes les fois que la loi ne le défendait pas, et aucune défense n'avait été faite avant la loi de 1807. Conséquemment l'appréciation de la Cour, au point de vue de la législation régissant le contrat, était parfaitement juridique, une solution contraire à celle par elle adoptée eût été infailliblement censurée par la Cour de cassation.

Donc cette décision devait non seulement valider la stipulation, mais encore en ordonner l'exécution nonobstant la loi de 1807. Indépendamment du principe de la non rétroactivité des lois, le législateur de 1807 déclare expressément : *Qu'il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la présente loi.* Aussi a-t-il été admis en jurisprudence que, quel que fût le taux de l'intérêt, la

convention des parties antérieures au 3 septembre 1807, devait recevoir son entier effet, après comme avant la loi de cette époque.

La seule modification admise consiste à restreindre la validité de la clause aux intérêts réglés par le contrat. A défaut de stipulation, ou si les intérêts n'ont été convenus que jusqu'à l'échéance, les intérêts courus depuis sous l'empire de la loi de 1807, ne peuvent être exigés qu'au taux déterminé par celle-ci [1]. Or il est à remarquer que, dans l'espèce jugée par la Cour de Riom, les intérêts avaient été stipulés jusqu'à paiement effectif, l'époque de ce paiement étant laissée à la volonté exclusive du débiteur, sous ce rapport encore sa décision était irréprochable.

1129. — Pourrait-on décider de même dans une espèce postérieure à la loi de 1807? Non évidemment. La liberté des stipulations matrimoniales est l'objet d'un profond respect de la part du législateur, mais elle a des bornes, et ces bornes sont naturellement marquées par les convenances de l'intérêt public et des bonnes mœurs. A cet égard, l'art. 1387 dn Code civil s'en explique de la manière la plus expresse.

Or stipuler un intérêt supérieur au taux légal, c'est violer une loi formelle, c'est préparer les éléments d'un délit puni correctionnellement, c'est, en un mot, offenser la morale et l'ordre publics. Une pareille stipulation se trouverait donc dépourvue de tout lien légal et ne saurait conséquemment produire aucun effet.

Le caractère d'illégalité ne saurait être purgé que si la

[1] Poitiers, 8 février 1825 ; — Cass., 13 juillet 1829 et 16 janvier 1837 ; — *J. du P.*, t. I, 1837, pag. 307 ; Bordeaux, 13 août 1829.

loi de 1807 eût formellement excepté le contrat de mariage de l'application de ses dispositions. Or, non seulement cette exception ne s'y rencontre pas, mais elle est encore repoussée par la généralité de ses termes. De plus, une pareille exception eût été quelque chose de monstrueux aux yeux de la morale. Conçoit-on quelque chose de plus odieux que l'autorisation donnée à un fils d'usurer son père et de le conduire ainsi à une ruine complète? Remarquons en effet que, la barrière levée, il n'y a pas de raison pour qu'on ne stipule pas le vingt, le trente, le cinquante pour cent. En effet, les mêmes motifs, justifiant le chiffre le moins élevé, justifieraient le taux, quel qu'il fût, et le cinquante pour cent, là où l'on admettrait comme tel le sept ou le dix pour cent, deviendrait très licite.

Eh! tout cela de père à fils! Tandis qu'on ne saurait exiger d'un étranger une obole de plus que le taux légal, on puiserait dans les liens sacrés de la nature et du sang la faculté de dévorer la substance de sa propre famille et de ruiner son avenir! Non un pareille monstruosité ne pouvait être consacrée, elle ne se discute même pas.

Tenons donc pour certain que la prohibition de la loi de 1807 concerne le contrat de mariage comme tous les autres contrats [1]. La stipulation d'un intérêt supérieur

*[1] Les dispositions restrictives du taux de l'intérêt sont étrangères aux intérêts stipulés à l'occasion et comme condition de contrats autres que le prêt. — Pothier n° 88; Troplong, n°s 369 et suiv.

Ainsi, on peut stipuler des intérêts supérieurs au taux fixé par la loi de 1807, pour une dot ou pour un prix de vente, dont le paiement ne doit s'effectuer qu'après un certain délai. Les intérêts doivent alors être considérés comme partie intégrante de la constitution dotale ou

au taux légal qu'il renfermerait resterait non seulement sans efficacité pour l'avenir, mais encore pour le passé et pour le présent. Ce qui, dans les paiements opérés, dépasserait le taux légal serait sujet à répétition ou à imputation.

1130. — Une difficulté beaucoup plus sérieuse est née à l'occasion des droits que l'usage autorise les banquiers à prélever dans les négociations constituant leur industrie. Ces droits sont :

1° La commission; 2° l'escompte; 3° le change.

1131. — La commission est le salaire dû au banquier pour prix de ses peines et soins, pour l'indemnité de l'obligation dans laquelle il est d'avoir toujours en caisse des sommes suffisantes pour pourvoir aux besoins même imprévus du commerce. Le banquier n'est pas seulement un capitaliste disposant de ses fonds, il doit se procurer ailleurs ce qui est nécessaire pour l'exploitation de son industrie. Il a dans cet objet un comptoir dont il doit payer le loyer, des commis qu'il salarie, une patente à supporter, des frais de correspondance et autres à satisfaire. Tout cela, dit M. Troplong, explique la légalité du salaire qu'il exige en sus de l'intérêt légal [1].

1132. — L'escompte est la somme prélevée par le banquier lorsqu'il fournit de l'argent comptant contre

du prix de vente. — *Voy.* l'arrêt de la Cour de Riom du 12 Mars 1828, cité par M. Bédarride (Sir. 32. 16.)

[1] *Du prêt*, n° 382.

une créance à terme. Ce prélèvement se règle proportionnellement à la perte que le papier éprouve et au délai à courir jusqu'à l'échéance du titre négocié.

1133. — Enfin le change est l'indemnité exigée pour l'achat au comptant d'une créance à recouvrer sur une autre place : *Emptio venditio pecuniæ absentis, pecunia præsenti* [1]. Le taux de cette indemnité se calcule ordinairement sur la position de la place où la négociation s'opère, relativement à celle où le paiement doit être effectué.

1134. — Les plus simples notions de l'équité, les nécessités réelles du commerce semblent placer la légalité de ces droits au-dessus de tout reproche. Il est évident, en effet, que celui qui se livre au commerce de la banque, qui en brave les périls, qui en supporte les dépenses, doit rencontrer dans son exploitation non seulement l'intérêt intégral de son argent, mais encore le remboursement de ses frais, mais enfin le revenu des peines et soins qu'il prend personnellement *et in summa*, dit l'auteur italien que nous venons de citer, *non convenit ut mercator, quid at pecuniam præsentem pro pecunia absenti, ponat operam et sudorem ad aliorum utilitatem.*

Cependant des auteurs graves, tout en admettant leur existence, en ont contesté la légitimité, en tant que leur taux dépasserait celui de l'intérêt légal. La commission, l'escompte, le change, ont-ils dit, ne sont qu'un intérêt conventionnel, ils ne peuvent donc, dans aucun cas, atteindre à des proportions autres que celles fixées par la

[1] Scaccia, § 1, *Quest.*, 4, n° 21.

loi de 1807 ; en tolérer d'autres, c'est autoriser l'usure [1].

[1] Chardon, tom. III, n° 489 ; — Duvergier, n° 293 ; — Fremery, *Etudes sur le droit comm.*, pag. 80.

* — Les dispositions de la loi du 3 septembre 1807 restrictives du taux de l'intérêt ne s'appliquent, selon la doctrine, en général, et selon la jurisprudence de la Cour de cassation, ni à l'escompte, ni au change, lesquels supposent une négociation d'effet, en d'autres termes, une vente et un achat de créance. — Pardessus, II, 471 ; Troplong, n°s 369-380 ; Aubry et Rau, IV, § 396, p. 609 ; Crim. cass., 8 avril 1825 ; 26 août 1825 ; Civ. rej. 4 févr. 1828 ; Crim. cass. 16 août 1828 ; Civ. rej. 10 janvier 1870, Sir. 70. I. 157. — *Contrà*, P. Pont, en ce qui concerne l'escompte (I, 281, 282, 284).

On décide aussi assez généralement que le banquier, qui fait une opération de banque, peut percevoir, en sus de l'intérêt légal des sommes ou valeurs qu'il fournit, un droit de commission. — Troplong, n° 382 ; Aubry et Rau, IV, § 396, p. 609. — Req. 14 Juill. 1840, Sir. 40, I, 897 ; Civ. rej. 7 mai 1844, Sir. 45. 1, 53 ; Civ. rej. 2 Juill. 1845, Sir., 45, I, 481 ; Req. 12 mars 1851, Sir ; 51, I, 401 ; Civ. rej. 14 mars 1856, Sir ; 56 I, 729 ; Req. 17 mars 1862, Sir. 62, I, 430 ; Civ. cass. 28 avril 1869, Sir, 69, I, 306 ; Req. 11 février 1878, Sir. 78, I, 393. — *Contrà*, P. Pont, I, 285.

Mais ce droit de commission doit être perçu au taux ordinaire de a place. Le droit de commission qui excéderait ce taux serait réductible, comme ayant le caractère usuraire. Troplong, n° 385 ; Req. 21 Juillet 1847, Sir. 47, I, 797.

En outre, le droit de commission n'est pas l'accessoire obligé de tout prêt fait par un banquier. Il ne lui est pas dû, s'il n'a pas été stipulé, alors surtout que l'affaire n'a nécessité aucun soin pouvant justifier une rémunération spéciale. — Civ. rej. 29 avril 1868, Sir. 68, I, 281.

Enfin, en cas de compte courant entre les parties, ce droit, quand il a été une fois perçu, peut-il être derechef prélevé sur les soldes de compte reportés à nouveau ?

La négative enseignée par M. Troplong, n° 384, a été consacrée pas plusieurs arrêts de la Cour de cassation. *Voy.* notamment Req. 12 nov. 1834, Sir. 35, I, 334 ; Civ, rej. 2 Juillet 1845, Sir. 45, I, 481 ; Crim. cass., 14 mai 1852, Sir. 52, 1, 855 ; Req. 5 déc. 1854, Sir. 55, 1, 30. — A l'appui de cette opinion, on dit que le banquier ne fait aucune démarche, ne donne aucun soin, ne supporte aucun frais par

1135. — Il ne faut pas que la haine de l'usure fasse méconnaître ce que la justice exige. Or la définition que nous venons de donner des droits alternativement perçus par les banquiers, en justifiant leur légitimité, repousse également l'objection faisant le fondement du reproche que nous combattons. Non, la commission, l'escompte et le change ne peuvent être assimilés à l'intérêt. Celui-ci, nous venons de le dire, est le loyer de l'argent. Il est dû par cela seul qu'il y a prêt, quels que soient le caractère et la profession de celui qui le consent. C'est ainsi que le simple capitaliste, prêtant sous la forme commerciale, retirera le taux de l'intérêt commercial, c'est-à-dire le six pour cent.

Mais, nous venons de le dire, le banquier n'est pas seulement un capitaliste, il exerce en outre le commerce dans toute l'acception de ce mot. Son industrie est d'acheter et de vendre de l'argent ou des valeurs. Cette industrie consomme d'abord tous ses moments, lui impose des frais considérables, une correspondance fort étendue, l'expose à de nombreux sinistres.

En fait, encore, l'exercice de cette industrie est d'une utilité incontestable pour le commerce. C'est chez lui que toutes les branches d'industrie trouvent les ressources nécessaires, dans tous les temps, à toutes les époques, alors même que les capitalistes effrayés par les

suite du report à nouveau, et qu'il y a seulement de sa part une prolongation de crédit dont il est remunéré par les intérêts du solde reporté. (Voy. cependant Req., 11 février 1878; Sir., 78, I, 393.)

— Enfin la loi du 12 janvier 1886 a abrogé, en matière de commerce, les lois des 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850, dans leurs dispositions relatives à l'intérêt conventionnel, et elle les laisse subsister en matière civile.

crises commerciales ou politiques, s'empressent de retirer et de resserrer leurs fonds.

Il faut donc, pour cet auxiliaire aussi puissant qu'indispensable, l'éventualité d'un bénéfiee de nature à l'encourager dans l'exercice de sa délicate profession. Sera-ce dans l'intérêt général qu'il la rencontrera ? Mais, cet intérêt, il le percevra par le simple placement de ses fonds pour lesquels il pourra de plus exiger des garanties que la rapidité des opérations commerciales ne lui permet pas de demander, et, si on veut le réduire à cet intérêt seul, il se hâtera de prendre la place qu'on lui fait réellement.

Car, chose remarquable dans l'opinion que nous combattons, c'est qu'en mettant le banquier sur la même ligne que le capitaliste, on lui fait une position pire que celle du simple prêteur. Celui-ci, en effet, profitera intégralement du six pour cent qu'il est autorisé à exiger. Le banquier au contraire, sera obligé d'en distraire, d'abord l'indemnité de ses frais de loyer, de bureau, de patente, de correspondance, le salaire de ses commis. En réalité donc, il ne profitera pas de ce six pour cent auquel on veut, dans tous les cas, le réduire.

Que résultera-t-il de cet état d'infériorité marquée ? C'est que le commerce de la banque sera déserté ; que celui qui pourrait s'y livrer préférera demeurer simple capitaliste et s'exonèrera ainsi des tracas et du danger des affaires, de la nécessité d'y consacrer son industrie dont le produit augmentera l'intérêt intégral qu'il retirera de son argent ; des chances nombreuses que présente le chapitre des faillites.

Cette désertion porterait un coup funeste au commerce et à l'industrie, et c'est pour la prévenir, autant

que pour obéir à une idée de justice, que de tous les temps on a autorisé le banquier à percevoir une légitime indemnité au delà de l'intérêt légal. Ainsi sous notre ancienne législation, alors que le prêt à intérêt n'était permis qu'avec l'aliénation du capital, on ne contestait en aucune manière la commission qu'exigeaient les banquiers. Depuis le Code, ce droit n'a cessé d'être proclamé par la jurisprudence.

Ce qui est vrai pour la commission, ne saurait ne pas l'être pour l'escompte et pour le change. On ne saurait voir dans le premier un intérêt conventionnel, car, pour qu'il y ait intérêt, il faut qu'il existe un prêt. Or l'escompte, ainsi que l'enseigne la doctrine, est plutôt un achat qu'un prêt.

Dans le prêt ordinaire, en effet, le prêteur n'a pas pour objet de se procurer un titre qu'il revendra lui-même quelques jours après. S'il donne son argent, c'est pour en retirer l'intérêt, c'est pour attendre l'époque de l'exigibilité qui le fera rentrer dans la possession de son capital. Le banquier, au contraire, n'escompte le titre que pour le revendre, et il court la chance soit de ne pouvoir le faire, soit d'être obligé de le faire d'une manière onéreuse.

De plus, et dans la première hypothèse, qui sait si, à l'époque du paiement, le capital qu'il recevra vaudra pour lui le capital qu'il donne au moment de l'opération? Il peut se faire, en effet, qu'au moment du remboursement, les affaires éprouvent de la stagnation; qu'il y ait peu d'escompte à faire et qu'il soit conséquemment obligé de garder oisifs dans sa caisse des fonds qu'il aurait, huit jours plus tôt, placés à des conditions avantageuses. Ce sont là des chances qu'un banquier prudent

ne doit pas négliger et dont il est juste de lui tenir compte.

1136. — On ne peut donc voir dans l'escompte un intérêt conventionnel. Il n'est en réalité qu'un achat de titres, achat soumis à de telles chances aléatoires qu'il suffirait de ce caractère pour l'affranchir de l'application de la loi de 1807[1]. Ces chances consistent dans l'époque de l'échéance encore plus où moins éloignée, dans la difficulté de la revente, dans les dangers que court l'acheteur; dans l'incertitude de l'état des affaires au jour du paiement. Ainsi, observe M. Troplong, l'échéance qui précède une foire est plus avantageuse que celle qui arrive après que la foire est fermée. Gardons-nous donc de méconnaître toutes les circonstances aléatoires d'où naît une chance appréciable, distincte de l'intérêt et susceptible de vente[2].

1137. — Le change, à son tour, n'est à proprement parler qu'un escompte, à cette différence : que le titre faisant l'objet de celui-ci peut être payable sur place, tandis que le change ne peut exister qu'en tant que la valeur négociée est payable dans un autre lieu que celui où s'opère la négociation. Dès lors, les motifs qui justifient l'escompte justifient le change dans lequel non plus on ne saurait voir un intérêt conventionnel[3].

Une raison spéciale au change, c'est que le paiement devant nécessairement s'opérer dans un lieu plus ou

*[1] *Voy.* note 2, sous le n° 1134.

[2] *Du prêt*, n° 375.

*[3] *Voy.* note 2, sous le n° 1134.

moins éloigné du domicile du banquier, celui-ci doit être autorisé à percevoir une indemnité suffisante pour les peines et soins, pour les dépenses qu'occasionnera l'obligation d'aller chercher ce paiement sur une autre place, et le danger que présente le voyage que l'argent doit faire du lieu du paiement au domicile du banquier, *quia emens monetam absentem, debet majora onera et pericula subire, in eam conducendo*[1].

Un autre élément essentiel du change est la cherté du papier, résultant des opérations commerciales et de la position respective de la place où s'opère la négociation et de celle où doit s'effectuer le paiement. Supposez que des négociants de Lyon aient à payer de fortes sommes à Paris ou à Marseille, le papier sur ces dernières places sera fort recherché, car les débiteurs préféreront envoyer des valeurs plutôt que d'expédier des espèces, ce qui coûte beaucoup plus et offre plus de dangers. Dans le cas contraire, si les Lyonnais ont à recevoir de Marseille ou de Paris, le papier sur ces deux places sera nécessairement délaissé. Dans le premier cas, le change sera moins élevé que dans le second, car le défaut d'emploi rendra celui-ci onéreux pour celui à qui on offrira de négocier. Dans l'un et dans l'autre cas, il est évident que l'opération n'affecte en rien les formes d'un intérêt conventionnel.

Il est vrai que dans l'escompte comme dans le change, le cédant reste ordinairement garant du paiement par l'endossement qu'il souscrit en faveur du cessionnaire. C'est le cumul de cette garantie et de celle des divers signataires qu'on met en avant pour refuser toute indem-

[1] Scaccia. *Quest.*, tom. I, n° 424.

nité au delà de l'intérêt légal. A cette objection de M. Fremery, M. Troplong répond : que ces garanties accumulées ne sauraient prévaloir sur les raisons décisives qui militent en faveur de l'indemnité. Les garanties peuvent échapper, et l'on voit tous les jours les meilleures signatures devenir mauvaises. Ces fréquentes non-valeurs, auxquelles est exposé le commerce de la banque, ne sont-elles pas une preuve qu'un doute raisonnable peut peser sur la chose jusqu'au paiement, et que, dès lors, le banquier a droit d'en être indemnisé? Ajoutez que le banquier doit faire les diligences pour le recouvrement; qu'il est responsable d'une complaisance, d'un retard, d'une omission[1].

1138. — Ainsi se trouve légalement justifiée, dans son origine, la perception des droits de commission, d'escompte et de change. Mais, il faut le reconnaître, ces diverses opérations se prêtent merveilleusement à favoriser l'usure. Il convient donc que l'attention des tribunaux, constamment excitée, ne cesse de veiller à leur sincérité, et de proscrire avec sévérité tout ce qui ne ferait qu'emprunter leur forme pour déguiser une opération usuraire.

1139. — L'appréciation de la vérité, en matière d'escompte, reconnaît un élément essentiel dans le taux auquel il a été opéré. Nous venons de voir que celui du change dépend des circonstances pouvant être vérifiées, et il en est à peu près ainsi de celui de l'escompte. L'abondance ou la rareté des espèces, la date plus ou

[1] *Du prêt*, n° 375.

moins reculée de l'exigibilité exercent une grande influence sur la détermination, et c'est donc au cours du moment qu'il convient de s'en référer. Celui qui n'aurait retiré que ce que l'usage commercial lui permettait, se placerait, à l'endroit de son opération, à un point de vue favorable.

1140. — Une seconde opération non moins essentielle, c'est qu'il s'agisse d'une opération réellement susceptible d'escompte, c'est-à-dire d'une cession d'un titre. Cette condition est difficile à saisir, lorsque la valeur escomptée émane directement de celui qui la présente à l'escompte. Rien ne sépare plus ce contrat d'un prêt ordinaire, et l'opération de banque n'est guère présumable lorsque la partie ayant besoin d'argent va trouver l'autre, et, en échange des sommes qu'il en reçoit, lui remet un titre qu'elle souscrit [1].

Aussi, dans plusieurs circonstances, n'a-t-on vu dans cette opération qu'un simple prêt excluant toute idée d'un escompte sérieux, et ne pouvant, sous peine d'usure, produire autre chose que l'intérêt légal, et cette appréciation a reçu la sanction de la Cour de cassation [2].

Une appréciation contraire a été adoptée par la Cour de Paris, le 18 janvier 1835, et par la Cour de cassation,

* [1] « Attendu, porte un arrêt de la Cour de cassation, que si par cela seul qu'un effet est négociable, le signataire pouvait être obligé à payer à celui en faveur de qui il l'a souscrit, et qui lui en a remis les fonds, des droits d'escompte indépendamment des intérêts fixés par la loi, les règles que celle-ci a imposées, ne pourraient être appliquées au prêt conventionnel, constaté par un billet à ordre. » (Civ. cass., 29 nov. 1843, Sir., 44, I, 87.)

[2] 19 février 1830; — D. P., 30, I, 130.

le 10 avril 1840 [1]. Ce qui explique la contradiction entre ce dernier arrêt et celui de 1830, c'est que les questions de cette nature donnent lieu à des arrêts, non de doctrine, mais d'espèces. En effet, tout s'y résout dans une difficulté de fait, pour la solution de laquelle les tribunaux et les cours ont une latitude souveraine. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 février 1830, rejetant le pourvoi : « Attendu qu'il « suit des faits constatés par les juges du fond, *à qui* « *l'appréciation en appartenait exclusivement*, qu'il a « été fait une juste application de la loi du 3 sep- « tembre 1807 ».

Le fait présente bien moins de doute, lorsque les valeurs négociées, étant souscrites à l'ordre de celui qui les offre à l'escompte, sont par lui endossées au banquier qui les accepte. L'opération est alors certaine et le droit d'escompte légalement prélevé. On pourrait, dans ce cas, en obtenir la réduction s'il avait été stipulé au delà du taux de la place, mais jamais le faire intégralement supprimer sous prétexte d'usure [2].

1141. — La difficulté que nous signalons pour l'escompte s'offre également pour le change, lorsque la lettre de change est tirée par celui qui la négocie. Mais, dans cette hypothèse, il se présente un élément de nature à exercer sur la solution une grave influence, à savoir : si le tiré est réellement débiteur au moment de la création du titre. L'affirmative fixe la vérité des choses en établissant la réalité du contrat de change.

[1] D. P., 40, I, 411.

[2] Cass., 8 et 26 août 1826; 16 août 1828.

Il importe fort peu, en effet, pour sa perfection, que la lettre de change soit souscrite ou non par le débiteur, il suffit que la somme pour laquelle elle est tirée soit due et payable dans un autre lieu que celui de la négociation. Or, c'est ce qui se réalise lorsque le tiré est réellement débiteur du tireur.

Si, au contraire, le tiré ne doit rien, s'il n'a jamais rien dû, son nom ne figure que pour la perfection du titre, et rien ne distingue plus cette opération d'un simple prêt sous forme d'une lettre de change. Les juges peuvent ne voir dans la prétendue négociation qu'une simulation employée pour couvrir une usure déguisée et réduire, conséquemment, les droits du créancier à la perception de l'intérêt légal. Mais ce résultat ne saurait être obtenu que si l'absence d'un tiré sérieux avait été connue du banquier. L'ignorance réelle dans laquelle on l'aurait laissé à cet égard le constituerait en état de bonne foi et légitimerait son opération.

1142. — Ce qui constitue la lettre de change, c'est l'existence du contrat de change consistant à recevoir dans un lieu une somme d'argent qu'on s'engage à payer ou à faire payer dans un autre lieu. La supposition de place faisant disparaître ce caractère essentiel, la lettre de change qui en est viciée n'est plus qu'une obligation ordinaire, ne pouvant donner lieu au droit de change.

Il en serait autrement si la supposition de lieu n'avait pas empêché le contrat de change. Ainsi, un négociant de Marseille, en relation avec un négociant de Lyon, lui adresse des lettres payables sur Marseille même. Il est évident que ces lettres, quoique datées de Lyon, ont été

réellement tirées de Marseille, et qu'étant payables à Marseille même, il n'y a pas, en réalité, de contrat de change.

Mais si les lettres de change n'ont été envoyées à Lyon que pour y être négociées et qu'elles l'y aient été réellement, il importe fort peu qu'elles contiennent supposition de lieu, car l'argent aura été retiré à Lyon pour être payé à Marseille. Le contrat de change existe donc d'une manière certaine. Le droit de change sera, conséquemment, acquis par leur négociation.

1143. — C'est ce que la Cour d'Aix a jugé dans l'espèce suivante : De 1817 à 1820, Paraize, d'Avignon, avait fourni plusieurs lettres de change datées de Marseille sur Blavet, d'Avignon, et à l'ordre de Roussier, de Marseille, à qui Paraize adressait ces effets. Lors du règlement, Paraize prétendit que Roussier avait exigé, pour la négociation des traites, un intérêt excédant le six pour cent, intérêt qu'il déguisait sous le nom de frais de change et de rechange, bien qu'il ne fût fait aucune opération semblable, en ce que les traites ne contenaient réellement aucune remise de place en place; qu'elles avaient été retirées d'Avignon et non de Marseille, et que Blavet, tiré, n'avait servi qu'à marquer une opération usuraire. En conséquence, Paraize forme une demande en répétition d'une somme de 3,335 fr., montant de ce qu'il a payé en sus de l'intérêt légal.

21 juin 1831, cette demande est repoussée par le tribunal de commerce de Marseille, sur les motifs suivants :

Considérant qu'à la vérité il y a eu supposition de lieu dans les traites fournies par Paraize, qui les datait de Marseille tandis qu'il demeurait à Avignon ; mais que ces effets étaient par lui envoyés à Marseille, où ils

devaient être négociés par Roussier; qu'ainsi ces effets, à cause de la supposition de lieu, dégénéraient en mandat dont la négociation donnait également lieu à la perception du change; qu'il suffit, en règle générale, que la négociation de l'effet soit faite sur place tierce et qu'il y ait remise de place en place pour que le contrat de change subsiste; qu'il y ait, par conséquent, lieu à change.

Appel ayant été émis de ce jugement, la Cour d'Aix le confirme purement et simplement, avec adoption des motifs, par arrêt du 6 mai 1834. Cet arrêt ayant été déféré à la Cour suprême, le pourvoi fut rejeté par elle le 8 novembre 1835 [1].

1144. — A son tour, le droit de commission a soulevé bien des difficultés. Nous avons dit que ce droit puisait ses éléments dans les peines et soins que se donnait le banquier et dans son obligation d'avoir toujours en caisse des fonds disponibles. De là, on avait conclu que cette obligation n'existant réellement qu'à la suite d'un crédit ouvert obligatoire, le droit de commission ne devait être accordé qu'en tant que l'avance faite n'était que l'exécution de ce crédit; qu'on devait le refuser conséquemment lorsqu'il s'agissait d'un prêt purement éventuel.

Cette conclusion n'était ni exacte, ni juste. Sans doute, l'ouverture d'un crédit justifie le droit de commission, car, à quelque époque que la demande de fonds par le crédité se réalise, le banquier est tenu d'y satisfaire. Il doit, de plus, recevoir toutes les fois qu'il plaît au crédité de rembourser, et l'on peut facilement comprendre que, prenant lorsque l'argent est cher, le crédité s'empressera

[1] *J. du P.*, année 1835.

de rendre lorsqu'il sera bon marché, ce qui, indépendamment de l'obligation d'être sans cesse en mesure de satisfaire aux demandes, grève le banquier d'une charge résultant soit d'un défaut de remploi immédiat des fonds rendus, soit de la nécessité de les placer à un bénéfice moindre que celui qu'il trouve chez le crédité.

Mais, de ce que la commission est parfaitement justifiée dans cette hypothèse, s'ensuit-il qu'on doive le refuser partout ailleurs, alors même que des raisons tout aussi décisives viennent militer en sa faveur ? Nous ne le pensons pas, et cette opinion est celle qui a, en définitive, prévalu et qui devait justement prévaloir.

Or, les raisons qui doivent, dans les cas ordinaires, faire admettre le droit de commission sont celles que nous avons exposées en recherchant la légalité et la légitimité de ce droit. C'est la position du banquier, voué à la vente et à l'achat de l'argent, obligé de consacrer à cette branche du commerce tout son temps, toute son industrie, qu'on ne saurait, sans injustice, condamner à demeurer improductive ; ce sont ces nombreuses et considérables dépenses, la grave responsabilité qu'il encourt, les dangers auxquels il s'expose.

Le réduire à la position d'un simple capitaliste, c'est, avons-nous dit, le placer, par rapport à celui-ci, dans un état d'infériorité marquée. Indépendamment de ce que le capitaliste n'a ni bureaux, ni commis, ni patente, ni correspondance obligée, les prêts qu'il consent ne sont que des actes plus ou moins rares, ne faisant aucun obstacle à ce qu'il applique son industrie à d'autres objets et qu'il profite des émoluments qui s'ajouteront à l'intérêt intégral de ses fonds. Enfin, il peut choisir son moment et son homme, et il est certain qu'il ne prê-

tera qu'à celui qui lui offrira une incontestable solvabilité.

Il n'en est pas de même du banquier. Sans doute, il n'est pas obligé de prêter à tout venant; mais ce dont il doit se contenter, c'est de la solvabilité commerciale. Exiger autre chose, agir avec la même circonspection, avec la même prudence que le capitaliste, ce serait se condamner à périr bientôt par le trop plein de caisse. Il doit donc s'en rapporter à l'apparence, en courir les hasards, et l'on sait combien ils sont chanceux.

En cet état donc, le réduire à ne pas trouver dans le droit de commission une juste compensation, ne lui accorder que ce qu'on accorde à un capitaliste, ce n'est pas agir avec cette rigoureuse justice qu'on doit également à tous.

On reproche aux banquiers les bénéfices que certains d'entre eux réalisent. Mais combien d'autres que la perception du droit de commission, d'escompte et de change n'a pas préservés d'une ruine complète! D'ailleurs, il en est du banquier comme de tout autre négociant, on ne peut exiger de lui, suivant l'expression de Scaccia : *Ponat operam et sudorem ad aliorum utilitatem.* Il ne travaille que pour son propre avantage, que pour se procurer un honnête et légitime bénéfice.

Toutes les fois donc que le banquier fait un acte de son commerce, il doit, dans de justes limites, percevoir l'émolument dont cet acte est susceptible. Or, comme ce commerce consiste à livrer des fonds aux emprunteurs commerçants ou non, la commission est due par cela seul qu'il y a eu des fonds versés par lui [1].

[1] Nous ne pourrions citer tous les arrêts qui l'ont ainsi décidé et

Nous avons dit nous-mêmes qu'en l'état de notre législation, les charges des travailleurs obligés d'emprunter sont trop onéreuses. Mais nous avons indiqué la manière dont on pourrait user pour les amoindrir; qu'on diminue l'intérêt de l'argent, on le peut, on le doit, car cet intérêt n'est plus aujourd'hui dans des proportions vraies avec le prix de l'argent. Mais, puisqu'on recule devant ce moyen, il ne nous paraît pas possible qu'on lui en substitue un autre qui ne consacrerait, en définitive, qu'une évidente injustice et qui compromettrait l'existence du commerce lui-même, en rendant impraticable la profession de banquier.

1145. — Les usages commerciaux ont introduit une notable exception au principe consacré par l'article 1154 du Code civil. Aux termes de cette disposition, les intérêts ne peuvent être capitalisés qu'après l'année révolue. Dans le commerce, cette capitalisation résulte du règlement des comptes, et ce règlement est tantôt semestriel, tantôt il s'opère chaque trois mois [1].

qu'on peut d'ailleurs consulter dans les recueils de jurisprudence. On pourra se convaincre, en les vérifiant, que c'est à notre solution que la jurisprudence paraît se fixer.

*[1] Il est généralement admis que les sommes qui figurent dans un compte courant commercial produisent des intérêts à partir du jour des avances ou des versements. Civ. rej. 8 mars 1853, Sir. 54, I, 769; 24 mai 1854, Sir. 55, I, 737.

La jurisprudence admet aussi que les intérêts compris dans le solde d'un tel compte produisent des intérêts, sans qu'il y ait à rechercher pour quel laps de temps ils sont dûs. Req. 16 déc. 1854, Sir. 55, I, 105; 14 nov. 1864, Sir. 64, I, 491; 8 août 1871, Sir. 71, I, 150. — Cette décision s'applique au cas où le compte courant est, suivant l'usage ou la convention des parties, arrêté tous les trimestres ou tous les semestres.— *Contrà* Delamarre et Lepoitvin, *Contrat de com-*

1146. — Les effets de l'anatocisme sont certains. Les intérêts capitalisés produisent, à leur tour, des intérêts, cela n'a jamais été douteux. Mais la commission, prise sur chaque avance partielle, est-elle due pour le reliquat du compte dont le banquier reste créditeur et qu'il reporte à nouveau sur le compte ultérieur ?

Pour l'affirmative, on a dit : La balance du compte en rend le reliquat immédiatement exigible, de là, pour le banquier, le droit d'en exiger paiement, et pour le débiteur l'obligation de le réaliser. Or, si ce paiement était effectué, les sommes que le banquier fournirait après, et le jour même de ce paiement, donneraient droit à la commission. Pourquoi donc la convention, par laquelle ce paiement et l'avance nouvelle se réalisent fictivement, ferait-elle obstacle à sa perception ?

Ce qui peut résulter du refus, c'est que le créditeur exige le paiement réel et restreigne ainsi l'existence du compte courant au grand détriment du commerce. Il aura intérêt à en agir ainsi, car les sommes qu'il recevra, confiées à d'autres, au débiteur lui-même, lui procureront cette commission que la prolongation du compte lui enlève.

Ainsi, le créditeur pour solde contraindra le débiteur à le payer, ce qui pourra avoir pour celui-ci les inconvénients les plus graves, car il peut avoir, lui, un intérêt évident à la continuation du compte. En l'état de cet intérêt opposé, il est facile de prévoir ce qui se réalisera : les parties simuleront un paiement effectif, et, quelques

mission, III, 498 ; Chardon, *Du dol et de la fraude*, n° 487 ; Demangeat sur Bravard, II, p. 448. — La nature du compte courant et les effets particuliers qui y sont attachés nous semblent justifier l'opinion consacrée par la jurisprudence.

jours après, un nouveau compte s'ouvrira, et la somme prétendue payée en composera les premiers articles, non plus à titre de report, mais comme avance nouvelle sur laquelle le prélèvement du droit de commission sera incontestable.

On arrivera donc, par un moyen détourné, au résultat qu'on ne permet pas d'atteindre d'une manière directe, et cela, au détriment de la vérité et de la dignité du commerce. En fait, cependant, celui qui n'exige pas une dette actuellement exigible, qui en proroge l'échéance, consent un véritable prêt et livre la somme aux chances éventuelles de la solvabilité du débiteur. Dès lors, la commission qu'on ne conteste pas à celui qui livre réellement des fonds, devrait-on la contester à celui qui laisse en mains de son débiteur ceux qu'il pourrait le contraindre à lui restituer? Est-ce que le commerçant ne trouve pas dans la prorogation le secours qu'il demanderait à l'emprunt?

M. Pardessus paraît ne pas admettre que la question soit douteuse. En effet, après avoir enseigné que le règlement du compte en capital et intérêt fait produire au solde des intérêts nouveaux, cet éminent jurisconsulte ajoute : On peut, outre cet intérêt, percevoir un salaire pour commission, sans que cela soit considéré comme intérêt usuraire [1]. Telle est aussi l'opinion de MM. Devilleneuve et Massé [2].

La Cour de cassation avait décidé, le 19 décembre 1827, conformément à cette doctrine, en validant une commission de trois quarts pour cent portant sur les soldes des

[1] *Cours de droit commercial*, n° 475.

[2] *Dict. du contentieux comm.*, v° *Compte courant*, n° 15.

comptes partiels [1]. Un autre arrêt du 11 avril 1840 admet plus formellement encore la faculté de faire porter la commission sur les soldes [2].

Mais le contraire a été décidé par plusieurs Cours d'appel et notamment par celle de Grenoble, le 31 août 1839, et par celle de Douai, le 20 février 1841. L'arrêt de la première juge que la commission ne doit être perçue qu'une seule fois pour chaque négociation; l'arrêt de la seconde n'admet ce droit qu'en tant qu'il y a eu décaissement de fonds de la part du banquier, ce qui, dit la Cour, ne se réalise pas dans le report à nouveau du solde du compte ou dans le renouvellement des billets à leur échéance [3].

La Cour de cassation elle-même paraît être revenue sur sa jurisprudence, en décidant, le 2 juillet 1845, que le droit de commission, appliqué par les banquiers aux avances qu'ils font, ne doit être perçu qu'une seule fois sur chaque somme; que, par suite, il ne peut être établi ni sur les intérêts capitalisés produits par ces avances, ni sur chaque reliquat des comptes arrêtés trimestriellement, et qui serait composé des avances antérieurement frappées du droit de commission [4].

Notons que cet arrêt, émanant de la chambre civile, est diamétralement opposé à ceux rendus par la chambre criminelle les 19 décembre 1827 et 11 avril 1840; notons encore que ses motifs sont purement en droit. En effet, la Cour considère : « Que l'arrêt attaqué décide que le droit de commission, qui avait été relevé sur la

[1] D. P., 28, 1, 64.
[2] D. P., 40, 1, 411.
[3] D. P., 40, 2, 221; — *J. du P.*, 1841, t. II, p. 497.
[4] D. P., 45, 1, 314.

somme entière faisant le reliquat du compte, ne doit porter ni sur les intérêts capitalisés qui ont été compris dans ce reliquat, ni sur les avances de fonds, qui, déjà, avaient figuré dans un compte antérieur, mais que ce droit, qui ne peut être perçu qu'une seule fois sur la même somme, ne saurait, par conséquent, s'appliquer qu'aux sommes fournies depuis le compte précédent; que sans la distinction admise par l'arrêt, il serait impossible d'atteindre l'usure déguisée sous l'apparence du droit de commission, en telle sorte qu'en matière d'avances de fonds ou de prêts qui seraient successivement reportés dans plusieurs arrêtés de compte se liant les uns aux autres, le prix de l'argent ne recevrait d'autres limites que celles que les parties consentiraient à lui donner, ce qui serait évidemment la subversion de la loi du 3 septembre 1807. »

Voilà qui est clair, net et positif. Cependant, la même chambre civile a, le 23 juillet 1849, validé un droit de commission portant sur les soldes du compte, c'est-à-dire et sur les capitaux précédemment fournis et sur les intérêts capitalisés. Voici l'espèce de cet arrêt :

Des relations commerciales avaient existé, pendant de longues années, entre la maison Crémieu, Milhaud et Laroque, et M. Reynaud, marchand quincaillier, à Aix. Le compte courant, arrêté annuellement, était au six pour cent réciproque. Une commission, conventionnellement stipulée en faveur de la première, avait été fixée à un sixième sur les nombres.

Après paiement définitif, M. Reynaud, étant décédé, ses héritiers reviennent contre les divers règlements et demandent la restitution de la commission perçue sur

les soldes. Un jugement du tribunal de commerce admet cette prétention : « Attendu que le droit de commission ne peut être perçu qu'une seule fois sur chaque somme, et qu'en la prenant sur le solde de chaque règlement du compte porté à nouveau, la maison Crémieu, Milhaud et Laroque a non seulement perçu une double commission sur le solde du compte porté à nouveau, mais encore un droit de commission sur les commissions déjà payées. »

Appel par la maison Crémieu, et, 15 janvier 1844, arrêt de la Cour d'Aix qui réforme par les motifs suivants :

« Considérant que l'ouverture d'un crédit donne nécessairement lieu, entre le banquier qui l'accorde et le commerçant qui l'obtient, à de fréquentes opérations de banque et change ; que ces opérations autorisent à elles seules le banquier à percevoir, indépendamment de l'intérêt légal, un droit de commission ; mais que ce droit de commission représente encore la juste indemnité due au banquier : 1° à raison des chances auxquelles il est assujetti pour le paiement ou l'acceptation des traites et effets qu'il acquitte à la décharge de son débiteur ; 2° à raison de l'obligation à laquelle il s'est soumis de tenir constamment des fonds à la disposition du crédité, tant que dure le crédit ;

» Qu'il est donc évident que le droit de commission dérive de la nature des choses ; que c'est par ce motif qu'il est généralement admis dans les usages du commerce, et qu'il est, en outre, confirmé par la doctrine des auteurs, consacré par la jurisprudence et reconnu par les héritiers Reynaud eux-mêmes dans les écrits qu'ils ont publiés au procès ;

» Considérant que la loi de 1807, n'ayant pour objet que de régler le taux de l'intérêt de l'argent, n'est point applicable au droit de commission; que la quotité de ce droit n'est déterminée par aucun texte de la loi; qu'elle est réglée d'après les usages et la convention des parties, et qu'elle ne saurait être considérée comme constituant une perception usuraire, qu'autant qu'elle serait excessive ou que les opérations qui auraient donné lieu à la perception du droit de commission seraient fictives et couvriraient un intérêt excédant le taux légal;

» Considérant que la sincérité des opérations qui, dans la cause, ont donné lieu à la prescription des droits de commission, n'est pas contestée; qu'il s'agit donc uniquement de rechercher si la perception elle-même n'a rien d'exagéré et si elle représente la juste indemnité due au banquier, sans qu'il soit besoin d'examiner le mode de perception qui a été suivi;

» Considérant, en fait, qu'il est établi, par les comptes remis chaque année au crédité, qu'indépendamment des sommes prises ou versées, une foule de remises et valeurs commerciales ont été respectivement données pour être encaissées ou reçues dans les diverses places, ce qui constitue de véritables opérations de banque et de change donnant lieu au droit de commission;

» Que du relevé des opérations pendant les dix-sept années de durée du compte courant, il résulte que le mouvement général du compte a été de 416,000 fr., et le chiffre total de la commission perçue de 2,999 fr.; que ce chiffre eu égard au mouvement moyen et annuel de 24,500 fr., réduit la commission perçue à une moyenne de soixante-deux centimes pour cent francs;

» Considérant qu'une pareille commission, en présence

des usages reçus, ne peut-être taxée d'exagération; qu'en effet, au lieu du règlement trimestriel généralement pratiqué, les comptes n'ont été balancés qu'une fois l'an; que, de plus, la maison de banque débitait Reynaud, valeur de l'échéance des traites qu'elle aurait pu négocier à trente jours au pair, et que, pour les valeurs fournies sur ses correspondants, elle payait elle-même un droit de commission sans répétition contre Reynaud;

» Considérant que, accueillir en l'état de ces faits les réductions demandées par les héritiers Reynaud, ce serait refuser, à la maison de banque, la juste indemnité que les usages du commerce, consacrés par une jurisprudence constante, l'autorisaient à percevoir [1] »

Certes, l'infirmation du jugement, en l'état des motifs l'ayant déterminé, et que nous avons transcrit, place l'arrêt de la Cour d'Aix en contradiction flagrante avec l'arrêt rendu, le 2 juillet 1845, par la Cour de cassation. Aussi, les héritiers Reynaud le frappèrent-ils d'un pourvoi, bientôt admis par la chambre des requêtes.

Mais, nous l'avons dit, et par arrêt du 23 juillet 1849, ce pourvoi fut rejeté par la chambre civile, qui, dès lors, contrairement à son arrêt de 1845, admit que le droit de commission pouvait légalement porter sur les soldes de compte [2].

Comment expliquer cette contradiction? Par cette raison unique, à savoir : qu'en pareille matière, il n'y a pas, à proprement parler, de question de droit, tout se réduit à une appréciation de faits, pour laquelle, ainsi que la

[1] D. P., 44, 2, 198.

[2] Conf. Nancy, 8 juillet 1859; — Cass., 25 mai 1864; — D. P., 58, 2, 185; — *J. du P.*, 1864, 1054.

Cour de cassation le disait tout à l'heure, les juges du fond ont un pouvoir souverain. La Cour suprême, reconnaissant cette souveraineté, y obéit elle-même. Elle admet ou rejette les pourvois, selon que l'usure a été ou non reconnue.

Une pareille règle est on ne peut pas plus juridique. On doit incontestablement dire, avec la Cour d'Aix, que la loi du 3 septembre 1807 ne régit que le taux de l'intérêt; qu'elle n'est nullement applicable à la commission reconnue licite par tout le monde. Le taux de ce droit est donc laissé aux usages de la place ou à l'appréciation des parties elles-mêmes. Mais cette faculté ne saurait comporter une liberté illimitée, et de même que la vente, l'échange, la société, auxquelles la loi de 1807 est bien évidemment étrangère, peuvent cependant être entachées d'usure, et annulées, de même l'usure peut prendre le manteau licite du droit de commission, et, dans ce cas, on ne doit pas hésiter à la réprimer. Dès lors, et quel qu'en soit le mode de perception, la commission prélevée s'est-elle renfermée dans des limites justes et raisonnables, elle doit être confirmée; a-t-elle été, au contraire, exagérée au delà des usages commerciaux, elle n'est plus qu'une usure déguisée, et, comme telle, on doit la réduire [1]. Or, une pareille appréciation ne peut appartenir qu'aux deux premiers degrés de juridiction.

En résumé, les questions relatives au droit de commission ne peuvent recevoir, en droit pur, une solution absolue. Sa perception déguise-t-elle ou non une usure? Telle est la véritable, la seule difficulté à apprécier. C'est ce qui fait que le mode suivi dans telle espèce sera ré-

[1] Cass., 21 juin 1847; — D. P., 47, I, 312.

primé, tandis que le même mode ne le sera pas dans telle autre. C'est ce qui rend également raison de la divergence que nous signalions tout à l'heure dans la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même [1].

1147. — Nous venons de voir que, dans le commerce, on pouvait régler le compte courant et, conséquemment, capitaliser les intérêts chaque trois mois. Cette faculté a été formellement reconnue par la Cour de cassation [2]. Mais pour qu'elle puisse être exercée, il faut : 1° que le compte existe de négociant à négociant. Les relations entre un commerçant et un non commerçant, quoique constatées par un compte courant, ne peuvent être considérées comme commerciales, surtout à l'endroit de ce dernier. Elles restent donc régies, quant à l'anatocisme, par la disposition de l'art. 1154 du Code civil [3]; — 2° que le compte ait été réellement arrêté aux époques convenues. En l'absence du règlement trimestriel, on ne pourrait lors, d'un règlement ultérieur, arrêter le compte autrement que d'année en année. En effet, la capitalisation des intérêts n'est que la conséquence de leur exigibilité. Celle-ci ne peut résulter que de l'arrêté du compte aux époques convenues. Si le compte n'a pas été arrêté, il n'y a eu aucuns intérêts exi-

* [1] *Voy.* note 2, sous le n° 1134.

[2] 10 novembre 1818.

[3] Bourges, 5 juin et 18 décembre 1839; 14 février 1854; — D. P., 40, 2, 196; 55, 2, 271. — * Quelques auteurs pensent que, dans tout compte courant, même non commercial, les remises produisent les intérêts de plein droit; que, dans tout compte, même non commercial, il est dérogé aux règles de l'art. 1154, C. civ. sur l'anatocisme. — Feitu, n° 264; Lyon-Caen et Renault, n° 1153.

gibles et partant susceptibles d'être capitalisés. On ne pourrait se prévaloir de la capitalisation se réalisant à chaque fin d'année par la seule force de la loi. Rien ne peut même remplacer le règlement trimestriel, quant à l'exception à l'art. 1154. Ainsi, il importerait peu que les relations eussent continué sur le même pied entre les parties, le compte deviendrait purement civil depuis le dernier règlement trimestriel. C'est ce que la Cour de cassation vient de décider en cassant un arrêt de la Cour de Paris, qui avait jugé le contraire [1].

1148. — Au reste, il est rare qu'un compte courant existe entre un banquier et un non commerçant; dans de pareilles relations, les avances du premier et la dette du second sont constatées par des effets à terme fixe. Si à l'échéance, les parties se bornent à renouveler le titre, le banquier peut-il prélever un droit de commission sur ce renouvellement?

Il y a entre le renouvellement d'un billet et le règlement du compte une telle assimilation, que les arrêts que nous venons de rappeler les confondent bien souvent. Conséquemment, il semble que, par une parité de raison, les règles tracées pour l'arrêté du compte doivent s'appliquer au renouvellement.

Cependant il y a, à notre avis, cette énorme différence que le banquier, qui fait un prêt à un non négociant, ne fait pas un acte de commerce. Que cependant, à cause de sa profession et pour le couvrir de ses frais, on lui alloue une commission à l'origine du prêt, on le comprend, mais qu'on lui permette de répéter cette commission à

[1] Cass., 14 mai 1850; — D. P., 60, I, 157.

chaque renouvellement, c'est placer le non commerçant dans une position pire que le commerçant lui-même; car le compte courant ne peut-être réglé tout au plus que quatre fois l'an, et le solde peut en être réduit à des proportions minimes par les sommes qui auront été remboursées pendant le trimestre, tandis que le non commerçant devra, à chaque renouvellement, l'intégralité du billet qui, pouvant être à l'échéance d'un mois, pourra ainsi donner lieu à douze droits de commission par année.

Cet étrange et inique résultat doit nécessairement amener une autre appréciation que celle que nous venons d'exposer pour les relations de commerçant à commerçant, et nous allons voir que cette nécessité se justifie par des raisons décisives.

Le banquier qui traite avec un non commerçant fait plutôt l'acte d'un capitaliste que celui d'un banquier. Il doit donc, quant à l'exécution à donner au prêt, occuper une position analogue à celle qui est faite à celui-ci.

On nous objectera sans doute ce que nous rappelions nous-mêmes relativement au solde du compte courant. Le banquier qui renouvelle, au lieu de se faire payer à l'échéance, consent un véritable prêt, car s'il exigeait son argent, et qu'il le plaçât ailleurs, il retirerait de nouveau le droit de commission. Mais cet argument perd de sa force lorsque, au lieu d'une dette commerciale, il s'agit d'une dette civile. En effet, le commerce vit de ponctualité et d'exactitude, à tel point que le moindre retard dans les paiements constituerait un motif pour faire déclarer la faillite. Celui-là donc qui traite avec un commerçant a le droit de compter sur un paiement réel et effectif au jour et à l'heure convenus, il peut même, dans cette prévision, avoir pris des mesures

pour un nouveau placement des sommes qu'il recevra. Mais cette ponctualité n'est pas aussi rigoureusement exigée dans la vie civile; celui qui prête à un non commerçant peut facilement prévoir que les embarras qui motivent l'emprunt pourront exister encore au moment de l'échéance et mettront son débiteur dans la nécessité de demander un nouveau délai. Cette chance que le banquier a volontairement bravée, qui ne l'a pas empêché de distraire de son commerce la somme qu'il a prêtée, il doit en subir les effets.

D'ailleurs, les éléments du droit de commission ne se concentrent pas tous dans la personne et le caractère du banquier. Si les usages l'ont consacré, c'est également sous le rapport de l'avantage que le commerçant trouve dans le crédit qui lui est fait. Le bénéfice qu'il est dans le cas d'en retirer allége, s'il ne la fait pas disparaître, la charge que le droit de commission lui impose. C'est dans ce sens que Scaccia enseigne que l'argent du commerçant vaut plus que celui du non commerçant : *Plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris.*

Cet élément essentiel du droit de commission manque absolument dans le prêt fait à un non commerçant. Il y aurait donc injustice à le placer sur la même ligne, quant aux charges, lorsqu'il ne l'est certainement pas quant aux avantages.

A notre avis donc, le banquier peut, en livrant des fonds à un non négociant, prélever un droit de commission outre l'intérêt légal. Mais ce prélèvement opéré, les obligations de l'emprunt, quant à l'échéance, se réglant par des considérations autres qu'en matière de créance commerciale, tout ce qui est dû, en cas de retard, c'est l'intérêt légal. Le créancier ne peut donc

exiger au delà, sans se rendre coupable d'une véritable usure.

1149. — Dans les nombreux déguisements que revêt l'usure, il en est un fort difficile à saisir et, par cela même, très redoutable, c'est celui consistant à fondre la stipulation des intérêts avec le capital. Ainsi, un individu consent à prêter un capital de 20,000 fr., mais il exige le dix pour cent. Si une telle stipulation était inscrite ouvertement dans le contrat, son sort ne serait pas douteux, il faut donc la dissimuler. L'acte, en conséquence, mentionne ou que le capital prêté est de 22,000 fr. sans intérêts jusqu'à l'échéance d'une année, ou seulement de 21,000 fr. avec intérêts. On suit la même proportion selon que l'échéance est d'une ou de plusieurs années.

1150. — Dans l'un comme dans l'autre cas, la fraude est flagrante. Cependant comment la saisir sans recourir à une preuve testimoniale? Mais la demande qui en sera faite soulèvera immédiatement une double exception.

On se prévaudra d'abord de la disposition de l'article 1341, qui prohibe cette preuve outre et hors le contenu aux actes; on ajoutera ensuite : si l'acte est frauduleux, la fraude étant le fait commun des deux parties, l'une d'elles ne peut être admise à la prouver.

Mais l'usure, constituant une fraude contre une loi d'ordre public, déroge forcément aux principes ordinaires, et cette dérogation entraîne cette double conséquence : 1° l'inapplicabilité de l'art. 1341; 2° celle de la maxime *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*[1].

[1] V. *infra* nos 1185 et suiv.

1151. — Le seconde exception peut être tirée de la force de l'acte authentique, comme si cet acte constatait la réelle numération de l'intégralité de la somme portée dans l'acte. Cette indication de l'acte, dira-t-on, doit être crue jusqu'à inscription de faux, et ce préliminaire non réalisé, la preuve testimoniale est admissible.

Cette exception devrait être accueillie si les faits à prouver, coarctés par la partie, étaient inconciliables avec les faits que le notaire aurait compétemment constatés, car l'usure elle-même ne saurait porter aucune atteinte à la foi due à l'acte authentique. Mais si, au contraire, les faits avancés ne contrarient nullement les indications de l'acte, s'ils tendent à prouver une simulation dont le notaire lui-même a pu être la dupe, en un mot, s'ils peuvent être vrais sans que ceux exprimés dans le contrat soient faux, la preuve testimoniale doit en être ordonnée, sans qu'on se soit préalablement inscrit en faux. C'est ce que la Cour de cassation a jugé dans une espèce où le contrat authentique, constatant la réelle numération, le débiteur articulait n'avoir rien emporté des sommes numérées [1].

Ainsi, c'est par la preuve orale, c'est, conséquemment, par les présomptions qu'on pourra, dans notre hypothèse, prouver l'existence de l'usure. On ne serait tenu de s'inscrire en faux contre l'acte authentique que si on soutenait la fausseté de ses indications, par exemple, si on voulait prouver qu'il n'est pas vrai, comme le notaire l'indique, que les sommes aient été déposées sur le bureau et numérées au moment de l'acte [2].

[1] Chardon, *Du dol et de la fraude,* tom. III, pag. 259 et suiv.

[2] *Voy.* Civ. rej. 18 therm. an XIII ; Req. 28 juin 1821 ; 18 février 1829.

1152. — La preuve de l'usure acquise, quelle en sera la conséquence par rapport à l'acte? La Cour d'Agen, par un arrêt du 17 août 1809, avait décidé que cet acte devait être annulé, d'abord pour violation de l'art. 1907, en ce qu'il ne portait pas le taux auquel les intérêts avaient été stipulés, puisque ces intérêts cumulés avec le capital ne formaient avec lui qu'un seul tout; ensuite, comme reposant sur une cause fausse, résultant de ce qu'il renfermait un intérêt non exprimé et à un taux non fixé.

Mais cet arrêt a été cassé, le 29 février 1812, pour avoir mal à propos appliqué la loi de 1807, la convention étant antérieure à sa promulgation, et ne pouvant, dès lors, être régie, quant au taux de l'intérêt, que par l'art. 1907 du Code civil.

La Cour suprême devait s'arrêter à ce moyen péremptoire. Mais n'eût-il pas existé, que l'arrêt d'Agen n'en aurait pas moins été infailliblement cassé sous un autre rapport. Rien, en effet, dans la loi n'autorisait la nullité de l'acte reconnu usuraire. Tout ce qui pouvait légalement résulter de ce vice était ou la restitution, ou l'imputation des sommes illégalement perçues ou la réduction de celles irrégulièrement prétendues. Les parties devant, dans le cas d'usure, être ramenées à la vérité des choses, il n'y a de possible que les moyens que nous indiquons et qui font suffisamment disparaître le préjudice dont se plaint le débiteur. Cette solution, appuyée par la raison, admise en doctrine et en jurisprudence, est d'ailleurs formellement écrite dans l'art. 3 de la loi du 3 septembre elle-même.

1153. — Un autre mode employé pour déguiser l'usure consiste soit à retenir, au moment du prêt, les

intérêts convenus, soit à les stipuler payables en denrées.

La retenue des intérêts, payés même au taux légal, constitue une usure. Elle tend à conférer au créancier un bénéfice au delà de l'intérêt, puisqu'elle lui procure la jouissance d'une somme qui ne peut lui appartenir légitimement qu'au jour où l'intérêt étant échu, elle devient sa propriété; elle porte un préjudice au débiteur, car l'intérêt, étant le prix de la jouissance du capital, n'est que la conséquence de cette jouissance devant porter sur ce capital intégral. Or, la retenue fait disparaître une partie de ce capital, qui n'est pas dès lors réellement prêté en totalité, tandis que c'est sur cette totalité que l'intérêt est établi. En conséquence, le créancier perçoit un intérêt qui ne lui est pas dû, et le débiteur payé réellement au delà du taux légal, il y a donc usure.[1]

1154. — L'exigence d'un intérêt en denrées remonte au seizième siècle. La prévision que le numéraire envoyé par le Nouveau Monde ne manquerait pas de faire hausser le prix des blés, vins, huiles et autres denrées, fit que quelques spéculateurs convertirent leurs rentes en rente à blés, et cette prévision ne fut pas trompée [2]. Depuis, cet intérêt, que Dumoulin qualifie de périlleux pour les débiteurs, n'a pas manqué d'être exploité par ceux qui, voulant se procurer, malgré la loi, un avantage illégitime, s'ingénient à s'en procurer les moyens.

[1] Rolland de Villargues. *Prêt à intérêt*, n° 20. — * *Voy.* sur la retenue, au moment du prêt, du montant des intérêts à échoir, Pardessus, II,471; P. Pont, I,292; Crim. rej. 26 mai 1855, Sir. 55, I, 387.

[2] Troplong, *Du prêt*, n° 393.

En conséquence, on stipule une quantité déterminée de denrées à livrer en échange du paiement des intérêts d'un capital quelconque. L'usurier a le soin de calculer cette quantité sur un prix tellement bas qu'il a d'avance la certitude que la denrée ne descendra jamais jusque-là, et il s'assure ainsi un intérêt pouvant atteindre à des proportions énormes par la cherté de la denrée, au moment de l'échéance.

Ainsi la chance aléatoire, que cet opération paraît offrir, est d'avance fixée contre le débiteur, et ses résultats seraient aujourd'hui ce qu'ils furent autrefois, c'est-à-dire tellement désastreux qu'une ordonnance de Charles IX, de 1565, convertit à prix d'argent, et au taux légal du denier douze, toutes les rentes en blés. Cette ordonnance est-elle exécutoire encore en ce sens qu'on doive aujourd'hui convertir en argent et au denier vingt, tous les intérêts stipulés en denrées ?

L'affirmative est soutenue par M. Chardon. L'édit de 1565, dit cet auteur, avait été abrogé par le décret du 5 thermidor an IV, mais celui-ci a été à son tour abrogé par la loi de 1807. D'autre part, les motifs qui existaient en 1565 existent encore, il y a donc nécessité de revenir à cette disposition[1]. Cette opinion s'étaye sur un arrêt de la Cour de Paris du 2 mai 1823.

Nous dirons, avec M. Troplong [2], que cette doctrine repose sur une erreur de droit manifeste. La loi de 1807 n'exige qu'une seule chose, à savoir : que l'intérêt d'un capital prêté en argent ne s'élève pas à plus du cinq ou du six pour cent, selon que le prêt est civil ou commer-

[1] *Du dol et de la fraude*, n° 478.
[2] *Loco citato*.

cial, mais elle ne prescrit aucun mode spécial pour le service de cet intérêt. Il dépend donc des parties d'en régler le paiement selon leur convenance, à la seule obligation de ne pas franchir les limites de la loi elle-même. Conséquemment la stipulation que l'intérêt sera payé en denrées n'a rien d'illicite, rien de prohibé.

Ce qui est réellement prohibé, c'est de se servir de cette stipulation pour pallier l'usure. Mais, à cet égard, la loi a pourvu à tous les intérêts, en permettant au débiteur de répéter ce qu'il a indûment payé, et son appréciation est facile. Les mercuriales fixant le prix des denrées, le rapprochement de la quantité annuellement fournie indiquera nettement si le taux légal a été dépassé, et déterminera d'une manière précise le chiffre des restitutions.

Ainsi la stipulation d'un intérêt en denrées est légale, seulement on ne peut avec son secours dépasser le taux de la loi, tout ce qui aura été payé en delà serait répétible.

Il en est de même pour le remboursement du capital, on peut le stipuler payable en denrées. Mais la quantité de celles-ci ne pourrait, dans aucun cas, dépasser le capital, on saurait bien sans cela en exiger une telle que le débiteur rendrait toujours plus qu'il n'a reçu.

1155. — Mais si le prêt a été fait en denrées, celui qui l'a consenti pourra stipuler que celui à qui il donne cent mesures lui en rendra cent dix ou cent vingt. Le prix des denrées étant essentiellement variable, le débiteur profite de la chance de la diminution, comme le créancier de celle de l'augmentation, et il peut se faire que le prêt s'opérant dans un moment de cherté, et la restitution dans un temps contraire, l'intégralité de ce

qui est rendu, quoique supérieur en quantité, soit en réalité encore inférieur à la valeur de ce qui a été emprunté. D'ailleurs, la loi de 1807, ne réglant que l'intérêt de l'argent, ne saurait avoir aucune influence sur les prêts de denrées [1].

Toutefois il y a là un aliment pour la fraude et un péril pour les emprunteurs. Les usuriers simuleront un prêt en denrées pour éluder l'application de la loi et assurer ainsi les exactions qu'ils commettront; mais cette simulation, comme toutes les autres, pourra être atteinte par les tribunaux. Réalisée pour pallier l'usure, elle sera susceptible d'être prouvée par témoins et même par présomptions, et les tribunaux, à qui une pareille opération sera dénoncée, ne valideront que celle qui a réellement offert, par son véritable caractère, cette chance aléatoire dont nous parlions tout à l'heure.

1156. — Partout, en effet, où l'événement est attaché à une condition aléatoire, la loi de 1807 est inapplicable. C'est par application de cette règle qu'on a validé les prétentions de la caisse hypothécaire et consacré les intérêts et les droits qu'elle exige. Nous lisons dans l'arrêt de la Cour de cassation, du 21 mai 1834 : « Que « l'escompte et les primes au moyen desquels cette « caisse, d'après ses statuts approuvés par le gouverne- « ment, exécute ses opérations, impriment au traité qui « intervient entre les parties prenantes et elle, le « caractère d'un contrat aléatoire. » Voilà pourquoi elle écarte l'application de la loi de 1807.

*1 *Voy.* Garnier, *De l'usure*, n° 9; Petit, *De l'usure*, n° 52, Troplong, n° 361; P. Pont, I, 288; Req. 8 mars 1865, Sir., 65, I, 271. — *Contrà*, Duvergier, n° 279.

La conséquence qu'il faut en déduire, c'est que la caisse hypothécaire ne peut jouir de l'immunité, quant à la loi de 1807, qu'en tant qu'elle se renferme dans la lettre de ses statuts. Toute indemnité qu'elle stipulerait sans en trouver le droit dans ces statuts, à quelque autre titre que ce fût, devrait lui être refusée comme un intérêt usuraire, c'est ce qui a été formellement décidé dans une espèce où prévoyant le cas de l'expropriation de l'emprunteur, avant le terme des obligations, elle s'était fait concéder deux annuités non encore échues pour le dédommagement de ses frais et faux frais. Le paiement de ces deux annuités ayant été réclamé après expropriation, fut contesté. Un arrêt de la Cour de Grenoble le consacra. Mais cet arrêt, dénoncé à la Cour suprême, fut cassé pour contravention notamment à la loi du 3 septembre 1807. Voici les raisons à l'appui de cette cassation :

« Attendu que les statuts d'une société anonyme légalement autorisée sont la loi des parties qui traitent avec cette société; que les statuts de la caisse hypothécaire n'autorisent point à percevoir au delà des règles tracées sur les conditions des emprunts qui lui sont faits; qu'en autorisant la perception de deux annuités en sus de celles souscrites pour le remboursement de l'emprunt, à titre d'indemnité du retard et des faux frais causés par l'expropriation forcée, la Cour d'appel de Grenoble a accordé une indemnité excédant la mesure fixée par l'art. 1153 du Code civil; qu'en outre elle a accordé des intérêts excédant le taux légal, et qu'en cela elle a expressément contrevenu tant audit art. 1153 qu'aux propres statuts de la société, et à la loi du 3 septembre 1807[1]. »

[1] Cass., 30 juillet 1834.

1157. — La condition aléatoire qui a fait admettre l'exécution des statuts de la caisse hypothécaire a fait exclure, de l'application de la loi de 1807, le prêt à la grosse, la cession, la rente viagère.

Dans le prêt à la grosse aventure, le prêteur est exposé à perdre non seulement tout ou partie des intérêts, mais encore le capital qu'il fournit. Vouloir, en l'état d'une pareille chance, le soumettre à ne retirer de son argent que l'intérêt ordinaire, c'était rendre impossible un prêt qui fournit au commerce maritime tant et de si précieuses ressources.

C'est ce qu'a compris le législateur, et il a sagement évité le danger en dégageant le prêt à la grosse de toute entrave, et en laissant à la libre convention des parties le profit maritime à stipuler[1]. Tout ce qui, dans cet intérêt, excède le taux légal, n'est considéré que comme une juste compensation du péril que brave le prêteur.

De là il suit que l'existence de ce péril est un des éléments essentiels de ce prêt. Le prêteur qui n'a réellement couru aucune des chances d'une navigation réelle et effective ne pourrait prétendre à un intérêt exclusivement attaché à ces chances.

1158. — Supposer qu'on puisse simuler un contrat à la grosse uniquement pour pallier l'usure, c'est paraître supposer une chose impossible. Mais une espèce rappor-

[1] Art. 311 du Code de commerce. — * De simples risques de fait résultant, soit de la situation embarrassée de l'emprunteur, soit de la nature plus ou moins chanceuse des opérations en vue desquelles se fait une avance de fonds, n'autorisent pas le prêteur à stipuler de bonifications supérieures à l'intérêt légal. P. Pont, I, 286. — *Voy.* toutefois, Req. 8 juillet 1851, Sir., 51, I, 501.

tée par la *Gazette des tribunaux*, du 9 septembre 1827, prouve que cette supposition n'a rien de chimérique, et que l'ardeur insensée d'une incroyable avidité peut aller jusque-là.

Un sieur Paoli, d'Ajaccio, faisait de nombreux prêts usuraires. Croyant se placer à l'abri de toutes poursuites, il avait fait du contrat à la grosse le type exclusif de toutes ses opérations. L'avocat, le prêtre, l'aubergiste, le propriétaire, qui recourait à lui, se transformait immédiatement en patron de navire, était obligé de souscrire un contrat à la grosse aventure, avec des intérêts non moins gros, bien entendu.

Poursuivi cependant comme coupable d'habitude d'usure, Paoli est condamné par le tribunal correctionnel à une amende de 8,000 fr. Il émet appel du jugement, et il soutient devant la Cour : qu'un prêt à la grosse ne pouvait, dans aucun cas, donner lieu à une poursuite en usure ; qu'il ignorait ou pouvait ignorer quelle destination les emprunteurs devaient donner à cet argent ; et que les contrats qu'il avait faits ne pouvaient changer de nature, parce que les emprunteurs n'avaient pas voulu faire une spéculation maritime.

Il était impossible qu'une pareille défense pût réussir. Aussi la Cour confirma-t-elle le jugement.

La morale de cet arrêt, c'est qu'il ne suffit pas de qualifier un acte de contrat à la grosse pour acquérir le droit de s'en faire payer les intérêts. Il n'y a lieu à tolérer cet intérêt que lorsqu'en fait le capital prêté a subi les chances qui l'ont fait laisser à la libre stipulation des parties. Hors de là, il n'y a plus qu'une usure déguisée sous des dehors trompeurs, et qu'il est du devoir de la justice de réprimer sévèrement.

1159. — Il est incontestable que la cession se prête admirablement à déguiser l'usure et à favoriser un intérêt excessif. Cependant si le contrat de cession est sincère, et c'est aux tribunaux qu'il appartient de le décider, l'usure ne saurait exister, quelque importante que soit la prime accordée au cessionnaire.

La raison en est, que la cession est au civil ce que l'escompte est au commerce. Les motifs qui légitiment celui-ci justifient celle-là. L'une et l'autre constituent plutôt un achat qu'un prêt proprement dit; et, en matière d'achat et de vente, la fixation du prix est laissée à la libre volonté des parties.

Conséquemment, si l'acte qualifié de cession en renferme les éléments, si on y retrouve ces conditions substantielles : *res, pretium et consensus*, il ne peut être querellé d'usure et doit être exécuté dans toutes ses dispositions. C'est ce que la Cour de cassation a décidé d'une manière formelle, au rapport de M. Troplong [1].

Si, au contraire, les parties n'ont pris la forme de la cession que pour se livrer impunément à l'usure ; s'il n'y a eu qu'un prêt simulé sous les apparences d'un autre contrat, tout ce qui excède l'intérêt légal n'est pas dû. On peut dès lors non seulement ne pas le payer, mais même le répéter, si déjà on l'a fait. Nous rappellerons à cet égard que l'appréciation du véritable caractère de l'acte est abandonnée à l'arbitrage souverain du juge, et que sa décision, d'après les faits et circonstances de la cause, d'après l'intention des parties, est à l'abri de toute censure.

Il y a plus encore, une cession réelle peut ne pas être

[1] 8 mai 1844 ; — D. P., 44, I, 241.

pure d'usure. Tel serait le cas de la cession qu'un débiteur ferait de ses revenus en paiement des intérêts qu'il doit à son créancier. Il est évident qu'il y a là un transport sérieux, mais pour qu'il y ait juste prix, il faut que les revenus cédés ne soient pas d'un chiffre supérieur à celui des intérêts légaux; s'ils les dépassent, l'exécution de la cession consacrerait l'usure. Le cédant serait donc recevable à demander que l'excédant lui soit restitué, ou tout au moins successivement imputé sur le capital.

1160. — Le prêt à rente viagère peut être stipulé au taux qu'il plaît aux parties d'arrêter. Telle est la disposition expresse de l'art. 1976 du Code civil. La loi de 1807 n'ayant rien statué à cet égard, elle reste sans application à la rente viagère.

Ce silence de la loi s'explique fort bien par la nature essentiellement aléatoire de ce contrat. D'une part, le capital est aliéné sans retour, et dès lors la rente, n'étant plus la représentation de la jouissance temporaire de ce capital, ne peut plus être qualifiée d'intérêt proprement dit; d'autre part, la mort du crédi-rentier amènera, *ipso facto*, la suppression de la rente, et cette mort étant essentiellement incertaine, le débiteur, s'il est exposé à payer beaucoup, peut également ne payer que fort peu. On le voit, le législateur ne pouvait que s'en référer à ce qui serait convenu par les parties. Il devait consacrer les engagements qu'une pareille éventualité est dans le cas de déterminer.

1161. — La nature et le caractère de ce contrat paraissaient devoir l'empêcher de devenir un instrument d'usure. Il n'en a rien été, et, sous ses formes, s'est quel-

quefois glissé une avide et déloyale prétention. En voici un exemple :

En 1807, le sieur Capey se constitua débiteur envers le sieur Havas, banquier, moyennant une somme de 10,000 fr., d'une rente viagère de 1,500 fr., *rachetable après quatre ans*. Depuis, le sieur Havas se rend cessionnaire d'une autre rente viagère de 800 fr. due par Capey.

Plus tard, en 1824, ces deux rentes sont converties, par Capey et les héritiers Havas, en une rente perpétuelle de 1,400 fr. sur un capital de 28,000 fr., que les héritiers Havas prétendent avoir été touché par Capey, ainsi qu'ils se proposent de l'établir par leur compte.

A l'échéance du premier terme, poursuites en paiement de la part des héritiers Havas. Ils prétendent que Capey a reçu le capital de 28,000 fr., tant par les sommes prêtées que par les arrérages qu'il doit.

Pour arrêter ces poursuites, Capey forme lui-même une demande tendant à faire déclarer que, depuis 1817, il avait été convenu que la rente de 2,300 fr. serait réduite à 1,400 fr. ; que cette convention ayant été exactement remplie, lui, Capey, n'était redevable d'aucuns arrérages de l'ancienne rente ; que, dès lors, il ne devait payer la rente perpétuelle de 1,400 fr. qu'autant qu'on complèterait le capital de 28,000 fr.

Jugement qui rejette cette prétention. Appel.

Devant la Cour, Capey soutient que non seulement il ne restait redevable d'aucuns intérêts arréragés, mais que la majeure partie de ceux qu'il avait payés n'était pas due ; qu'on devait la lui restituer ou lui en tenir compte ; qu'en effet, les arrérages n'étant produits que par un prêt déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, devaient être réduits au taux légal du cinq pour

cent, et que les sommes réduites devant se compenser avec celles qu'il avait reçues, rendaient d'autant moins fondée la prétention du service actuel de la rente perpétuelle de 1,400 fr.

Les intimés, voyant dans cette prétention une demande nouvelle, la soutinrent non-recevable en cause d'appel. Au fond, excipant de l'art. 1976, ils contestaient le droit de quereller d'usure la rente viagère ; ils soutenaient d'ailleurs que le contrat ayant été exécuté plus de dix ans, l'action serait éteinte par la prescription, indépendamment de la novation qu'ils faisaient résulter de l'acte de 1824.

Mais la Cour de Caen, sans s'arrêter à toutes ces fins de non-recevoir, annule le prétendu contrat à rente viagère de 1807, sur les motifs : en droit, qu'il n'était pas permis de créer un contrat de ce genre pour masquer, sous des apparences trompeuses, un contrat usuraire, et que les tribunaux sont investis dans ce cas, comme dans tout autre, du pouvoir de réprimer la fraude ; en fait, parce que le contrat de 1807 était frauduleux et simulé, ce que la Cour déduit des faits et circonstances, et notamment de la faculté au débiteur de se racheter dans quatre ans, de la constitution de la rente sur trois têtes, des habitudes usuraires de Havas, qui n'avait jamais établi des rentes de ce genre avant la loi de 1807, enfin de la conversion, en 1824, de la rente viagère en rente perpétuelle.

Cet arrêt, rendu le 26 mai 1839, fut déféré à la Cour de cassation, et par celle-ci confirmé dans toutes ses dispositions. Voici en quels termes la Cour régulatrice repousse le moyen tiré de la violation de l'art. 1976 :

« Attendu que l'arrêt ne porte aucune atteinte à la

liberté des stipulations sur les rentes viagères ; qu'il juge seulement que, dans l'espèce, un contrat de prêt a été déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, dans l'objet d'éluder la loi qui prohibe toute stipulation d'intérêt usuraire ; qu'il était dans les attributions de la Cour de rechercher ce qui s'était réellement passé entre les parties, et qu'après avoir reconnu que leur convention était un prêt à intérêt, elle devait réduire, comme elle l'a fait, l'intérêt au taux légal [1]. »

Comme on le voit, l'usure se glisse partout, essaye toutes les chances de se dissimuler et emprunte la forme du contrat qui lui paraît le plus favorable. Tout cela prouve la sagesse de la jurisprudence qui, par l'admission de la preuve testimoniale et par celle des présomptions, facilite les moyens de la démasquer et de lui faire perdre le bénéfice illégitime qu'elle s'était proposée.

1162. — Il n'est pas de contrat que l'usure n'ait tenté de vicier. La donation elle-même n'a pas été à l'abri de ses efforts. Ainsi un prêt est consenti à l'intérêt légal, mais le prêteur exige et obtient, soit avant, soit après le contrat, une donation d'une somme plus ou moins forte, laquelle, dans l'intention des parties, n'est pas autre chose qu'un supplément d'intérêt.

M. Petit [2] pense que, dans la question d'appréciation de la validité d'une pareille donation, les faits et les circonstances sont d'une grande importance, cette question ne pouvant être résolue, en droit, d'une manière absolue. M. Petit se trompe en droit, et cela le plus absolument

[1] 31 Décembre 1833. — D. P. 34, I, 140.

[2] *Traité de l'usure,* liv. I, pag. 61.

possible. La donation renfermant une usure palliée est nulle et sans effets possibles, le droit n'est pas douteux. Ce qui peut offrir une difficulté, c'est la question de savoir si l'usure existe ou non, et nous comprenons que la solution de cette difficulté dépendra des faits et circonstances. Il est cependant une considération qui domine la matière et qui semble devoir faire admettre le caractère usuraire de l'acte, à savoir : l'existence d'une donation par le débiteur au créancier. N'est-il pas, en effet, extraordinaire que, d'une part, celui qui se trouve réduit à emprunter, ou qui ne peut se libérer de ce qu'il doit, aliène ses biens à titre gratuit en faveur de son créancier, tout en restant grevé de la dette ? Que, d'autre part, le créancier ait le courage d'accepter les dons d'un débiteur qui ne peut pas se libérer, et qu'il ne lui concède pas en échange la décharge de la dette? [1]

Que faut-il donc conclure de cette étrangeté ? Pas autre chose sinon que la donation n'est que la condition et la conséquence du prêt, soit qu'elle ait été consentie pour le déterminer, soit qu'elle ait servi à obtenir une prorogation du terme de l'exigibilité. Dans l'un comme dans l'autre cas, elle n'a qu'une cause illicite et ne peut être considérée comme l'effet d'une volonté libre. Quelques termes qu'on emploie, elle est en réalité imposée par un homme en position de dicter la loi, *debitor servus est fæneratoris*. Il y manque le *nullo jure cogente*, qui est de l'essence de la donation, car *egestas excludit voluntarium* [2].

[1] Chardon, *Dol et fraude*, n° 515.

[2] Troplong. *Du prêt*, n° 367. — * *Voy.* Duvergier, n° 281; Aubry et Rau, IV, § 396, p. 611.

1163. — C'est ainsi que l'avait admis l'ancienne jurisprudence, c'est ce qu'enseignaient notamment d'Argentré, Dumoulin et Pothier.

Pour que le présent, dit ce dernier, que le prêteur a reçu de l'emprunteur soit réputé lui avoir été fait librement, et ne soit pas en conséquence infesté du vice d'usure, il faut que l'emprunteur ne l'ait fait que dans le temps qu'il a rendu la somme prêtée, ou après. S'il l'avait fait auparavant, il serait présumé ne l'avoir fait que pour que le prêteur ne le pressât pas pour le paiement, et, par conséquent, ne l'avoir pas fait avec liberté entière, ce qui suffit pour que ce présent, que le prêteur a reçu, soit regardé, en quelque façon, comme exigé, et, par conséquent, comme infesté du vice d'usure [1].

1164. — La question s'étant présentée depuis la loi de 1807, a été résolue par la Cour de Pau conformément à cette doctrine. Son arrêt ayant été cassé, l'affaire fut renvoyée devant la Cour de Bordeaux qui, comme celle de Pau, annula la donation [2].

Hâtons-nous d'observer que l'arrêt de Pau, quant aux principes, ne fut nullement improuvé par la Cour de cassation. Ce qui détermina l'annulation de l'arrêt ne fut que l'admission d'un moyen de forme. Aussi, et malgré que la Cour de renvoi ait jugé plutôt en fait qu'en droit, n'hésitons-nous pas à faire comme MM. Chardon et Dalloz, c'est-à-dire à adopter pleinement la doctrine enseignée par la Cour de Pau.

[1] *De l'usure*, n° 99.

[2] D. P., 29, 2, 134 et 135.

1165. — Sans doute cette doctrine souffre des exceptions. Ainsi si la donation faite au créancier se trouve parfaitement expliquée par les liens de parenté, d'alliance ou de vieille affection; si des services signalés, rendus depuis le prêt, et indépendamment de son existence, la motivent et la justifient, il y aurait injustice à l'anéantir. La qualité de créancier et de débiteur devient, dans ce cas, indifférente. Nul ne doit être privé d'un émolument légitimement ou naturellement acquis, par cela seul que, dans une circonstance plus ou moins critique, il serait venu au secours d'un parent ou d'un ami, en lui ouvrant sa bourse.

Que l'appréciation du juge soit appelée sur l'existence, sur la réalité des moyens justificatifs de la donation, rien de plus équitable et de plus simple. Mais nous persistons à croire que, lorsque le donataire en sera réduit à invoquer sa qualité de créancier, à ne parler que de l'avantage, que sa condescendance à le devenir, a procuré au débiteur, la donation doit être considérée comme la condition du prêt ; comme ne faisant avec lui qu'un tout indivisible, inséparable, qu'on doit conséquemment l'annuler parce qu'elle n'a jamais été, selon l'expression de Dumoulin, *liberalis et vere spontanea*.

1166. — Il n'en est pas ainsi de la donation que le débiteur ferait à son créancier, après l'avoir intégralement remboursé. Délivré, par le paiement, de la contrainte morale à laquelle il est censé céder avant, le débiteur a repris sa liberté, rien ne le soumet plus à obéir à des exigences illégitimes, et s'il donne, c'est qu'il en a librement conçu et exécuté la pensée.

Cependant M. Troplong pense que même dans ce cas,

le juge doit consulter et vérifier les circonstances ayant présidé à l'accomplissement de l'acte. Elles seules, dit cet illustre jurisconsulte, peuvent le mettre à même de décider si la rémunération du débiteur a été réellement le fruit d'une pensée spontanée et libre.

1167. — La prohibition de recevoir au delà de l'intérêt légal comprend non seulement le profit que se procurerait le prêteur en exigeant réellement quelque chose en sus des intérêts qu'il doit percevoir, mais encore celui résultant pour lui des services personnels auxquels l'emprunteur se serait soumis, outre les intérêts convenus à un taux légal.

Toutefois l'usure n'existe réellement qu'en tant que le profit exigé par le prêteur est une charge imposée à l'emprunteur. Conséquemment elle n'existerait dans l'espèce que si les services personnels étaient appréciables en argent.

1168. — Pour décider s'il en est ou non ainsi, il faut non seulement considérer la nature du service, mais encore son caractère relativement à la qualité et à la profession de celui qui se l'est imposé. Souvent, en effet, ce qui aggraverait la position de l'un, sera sans la moindre influence sur celle de l'autre.

Par sa nature, le service sera appréciable en argent, si celui qui doit le rendre ne peut le faire sans s'imposer un sacrifice ou sans se priver d'un profit. Ainsi, dit Pothier, si je prête à un jardinier à la charge, outre l'intérêt légal, de me tailler mes arbres, le service sera appréciable en argent. Ce que je donnerais à l'ouvrier, qui serait chargé de faire mon travail, ce que perd mon débiteur en con-

sacrant gratuitement à mon service les journées qu'il utiliserait chez lui ou ailleurs, sont le double élément de cette appréciation. Il y a évidemment usure, car je réalise un profit et mon débiteur s'impose une perte.

Mais ce qui est une charge pour le jardinier n'en est pas une pour celui qui, instruit dans l'art de tailler les arbres, ne fait pas de son exercice une profession, ou n'en retire aucun profit. Si donc je prête à celui-ci à la même condition qu'au jardinier, le service que je lui impose n'est plus appréciable en argent. Il est vrai que, pour moi, ce service est une économie, mais il est, de la part du débiteur, plutôt un acte d'obligeance qu'il n'aura pas cru, si l'on veut, pouvoir me refuser, mais qui n'est jamais dans le cas de lui imposer un sacrifice quelconque, ni aucune perte appréciable.

On voit, par cet exemple, comment on doit appliquer la condition que les services soient appréciables en argent, et dans quel cas on devrait admettre ou repousser la demande en restitution, fondée sur des services personnels, exécutés outre et indépendamment du paiement des intérêts.

1169. — L'usure peut se glisser dans le contrat de société. Ce que nous avons dit précédemment nous dispense d'insister à ce sujet. Nous nous en référons à nos précédentes observations [1].

1170. — La vente est favorable à la dissimulation de l'usure. La liberté que ce contrat laisse aux parties de fixer le prix, soit en capital, soit en intérêts, devait

[1] V. *supra*, n° 1071.

fixer l'attention et exciter la convoitise de ces hommes dont l'unique but est de se soustraire aux exigences de la loi de 1807.

Nous avons déjà dit que la délivrance d'une certaine quantité d'objets mobiliers était bien souvent pratiquée par les usuriers pour ajouter encore à l'énormité des intérêts qu'ils exigent. Nous avons dit aussi qu'il n'y a pas réellement vente dans ce cas; qu'on ne peut voir, dans cette délivrance, qu'un prêt, qu'une usure criarde qu'il est du devoir des magistrats de réprimer sévèrement [1].

1171. — Peut-on quereller d'usure la vente de marchandises faite par un commerçant? Non, évidemment, si la vente est réelle, si le vendeur n'a fait qu'un de ces actes dont la répétition et la fréquence constituent l'industrie à laquelle il est voué. Il importerait peu que le prix de la marchandise eût été porté à un taux plus élevé que le cours du moment. C'est surtout en matière de commerce qu'on peut dire, avec le jurisconsulte romain : *In pretio emptionis et venditionis, naturaliter licet contrahentibus se circumvenire* [2]. D'autre part, la qualité de l'acheteur peut être telle, que la cherté du prix soit dans des justes proportions avec le danger de non paiement que court le vendeur.

Cependant cette cherté, poussée jusqu'à de certaines limites, pourrait constituer la fraude, surtout si, par sa position, son âge, son peu d'intelligence, l'acheteur n'avait pas été à même de défendre suffisamment ses

[1] V. *supra,* ch. 2, sect. 3, nos 939 et suiv.
[2] L. 16, § 4. Dig. *De minoribus* XXV *annis.*

intérêts, ou si elle était le résultat de manœuvres illégitimes.

Hors de ces hypothèses, la vente de marchandises, quel qu'en soit le prix, ne pourra être légalement querellée d'usure. D'abord, parce que l'acheteur a pu débattre le prix; ensuite, parce qu'en matière de vente mobilière, il n'existe pas d'action en lésion, et c'est cette action qu'on prétendrait se procurer par l'articulation d'une usure.

Mais si, sous prétexte de vendre, le commerçant n'avait, en réalité, consenti qu'un prêt, l'action en usure serait recevable. En effet, par cela seul qu'on est commerçant et qu'on paraît ne faire que des actes de commerce, on ne saurait impunément se livrer à l'usure. Les magistrats ont donc le devoir d'apprécier l'opération querellée, et, s'ils sont convaincus qu'il s'est agi non d'une vente, mais d'un prêt à un intérêt supérieur au taux légal, ils doivent appliquer, sans hésitation, la loi de 1807 [1].

Ainsi, la question que nous avons posée est plutôt en fait qu'en droit. Elle est, dès lors, livrée à l'arbitrage souverain du juge.

1172. — La vente d'un immeuble peut également ne constituer qu'un prêt usuraire simulé. Une espèce remarquable, jugée par la Cour de Paris, le 2 mai 1823, indique les caractères auxquels on doit reconnaître cette fraude.

» Par acte sous seing privé, du 1er avril 1809, Baudot vendit au sieur Cordier plusieurs immeubles moyennant 1,000 fr., qu'il reconnut avoir reçus comptant.

[1] Cass., 21 août 1829; — D. P., 29, I, 343.

» Par acte notarié, du 12 du même mois, Cordier revendit les mêmes immeubles à Baudot, moyennant une redevance annuelle de six hectolitres, deux décalitres, huit décilitres (seize bichets, ancienne mesure d'Auvergne) de blé froment, payable le 1er avril de chaque année et rachetable par une quantité de blé égale à vingt prestations annuelles.

« Après la mort de Baudot, qui avait toujours exactement servi cette rente, ses héritiers déclarèrent vouloir la racheter, et firent au sieur Cordier une offre réelle de la somme de 1,000 fr., pour éteindre et amortir la rente créée par leur auteur.

« Cette offre ayant été refusée, les héritiers Baudot en poursuivirent judiciairement la validité. A cet effet, ils prétendirent que les actes d'acquisition et de revente des 1er et 12 avril 1809 étaient simulés; qu'ils avaient été faits le même jour, et qu'ils n'avaient eu pour objet que de dissimuler un prêt usuraire.

« Indépendamment d'une exception de prescription décennale, Cordier soutenait au fond : que les actes attaqués étaient sérieux et sincères ; qu'ils faisaient pleine foi de leur contenu contre Baudot et ses ayants cause ; qu'ainsi, la redevance avait été stipulée non pas pour une somme de 1,000 fr., mais pour le prix des biens par lui vendus au sieur Baudot par le contrat du 12 avril 1809, et qu'il n'y avait rien d'usuraire dans une pareille stipulation; qu'alors même qu'on supposerait, contre la teneur des actes et contre la vérité des faits, que la rente eût été constituée moyennant un capital de 1,000 fr., il n'y aurait encore lieu de modifier une convention qui ferait la loi des parties; que la qualité et le prix des grains étant nécessairement variables, ce serait un pacte aléa-

toire, dans lequel il serait impossible de voir le caractère de l'usure.

« Ce système échoue devant le tribunal d'Auxerre, qui, rejetant la prescription, statue au fond par les motifs suivants :

» Considérant que le sieur Cordier, entendu en personne, avoue avoir acheté de l'auteur des héritiers Baudot, moyennant 1,000 fr., le 1er avril 1809, par acte privé, les héritages qu'il lui a revendus le 12 du même mois, par acte authentique, moyennant une rente en grains, remboursable en valeur de grains ; qu'ainsi, il est évident que la vente du 12 avril 1809 n'est qu'une voie indirecte imaginée par le défendeur à l'effet d'obtenir, à son profit, une rente en grains en ne fournissant que de l'argent pour capital ; que, par cela seul, la rente devrait être convertie en argent ; qu'en effet, l'édit de 1565 défend de constituer une rente de grains pour un capital en argent, à peine par les constituants d'être poursuivis comme usuriers ; que cette prohibition est renouvelée implicitement, il est vrai, mais nécessairement par la loi de 1807, qui interdit toute autre stipulation d'intérêt conventionnel qu'au taux du cinq pour cent du capital, ce qui suppose un revenu fixe et en numéraire et inconciliable avec un intérêt consistant en denrées, dont le prix varie sans cesse ;

« Considérant, en outre, qu'indépendamment de cette première violation de la loi, le contrat du 12 avril 1809 a créé une énorme usure, le capital fourni par Cordier n'étant que de 1,000 fr. et devant lui produire, au lieu de 50 fr., seize bichets de blé à raison, en tout temps, de 6 fr. 12 cent. le bichet, indépendamment de ce que le

capital à rembourser est lui-même fixé en grains, en sorte qu'il y a double usure.

« Cordier ayant émis appel de ce jugement, la Cour de Paris le confirme purement et simplement par adoption des motifs. »

1173. — A notre avis, ces documents judiciaires ne méritent qu'un seul reproche, à savoir : d'induire de la loi de 1807 la confirmation implicite des principes consacrés par l'ordonnance de 1565 sur la stipulation d'un intérêt en denrées. Ainsi que nous venons de le dire, cette stipulation est aujourd'hui incontestablement licite, à condition que l'intérêt en denrées n'excédera pas le cinq pour cent, quelle que soit la quantité promise. Au fond, et quant à la réduction, la décision du tribunal est non seulement équitable, mais encore au plus haut point juridique. Elle ressortait, invinciblement, des circonstances du fait. Il est évident que les seize bichets de blé n'étaient que l'intérêt des 1,000 fr. prêtés, et que les deux ventes des 1er et 12 avril n'étaient qu'un moyen détourné pour déguiser ce qu'un pareil intérêt avait d'illégal. Cette simulation était tellement transparente, que les héritiers Baudot avaient raison lorsqu'ils l'appelaient une fiction maladroite. Elle n'était, en effet, pas autre chose que le contrat mohatra, appliqué à une vente d'immeubles.

1174. — Cette évidence, susceptible d'être acquise dans toute autre espèce, explique pourquoi les tribunaux seront rarement appelés à statuer sur des hypothèses de cette nature. Il faut à l'usure des chances plus sûres, et la vente à réméré semble faite pour les lui offrir.

Dans l'opinion de M. Chardon, ce contrat ne paraît

pas avoir d'autre objet que d'aider l'usure dans ses perfides spéculations [1]. Cette appréciation, la doctrine ancienne l'avait dejà faite : *Via aperta ad illicitum fœnus exercendum*, disait Dumoulin [2], en parlant de la vente à réméré. C'est ce qui explique les répugnances qu'il fallut vaincre lorsqu'il fut question de l'inscrire dans le Code.

Ceux-là mêmes qui en votèrent le maintien, ne se dissimulaient pas les graves inconvénients qu'elle est dans le cas d'entraîner. Celui qui se réserve de reprendre ce qu'il aliène, n'a pas, évidemment, l'intention de vendre, et s'il le fait, c'est qu'il ne peut autrement pourvoir aux besoins qu'il a actuellement à satisfaire. Il ne vendrait donc pas si son crédit pouvait lui procurer les sommes qui lui sont indispensables.

1175. — La vente à réméré offre donc plutôt l'idée d'un prêt que celle d'une vente. Mais, dans ces termes mêmes, il a paru convenable de la maintenir. En effet, le répit qu'elle offrira au débiteur peut lui fournir le moyen de vaincre les embarras pécuniaires le forçant à y recourir. Elle peut, dès lors, lui conserver un patrimoine qu'il eût été forcé, sans son secours, d'aliéner d'une manière définitive et à un prix inférieur à sa valeur réelle. Il ne manque pas, en effet, de gens capables de spéculer sur le besoin que le vendeur a de se défaire de ses biens, besoin qu'ils exploitent, qu'ils ne demandent pas mieux que d'exploiter.

D'autre part, la vente à réméré n'offrirait jamais un prix proportionné à la valeur réelle, et plus l'acquéreur

[1] *Dol et fraude*, tom. III, n° 427.
[2] *De usu.*, Q. 56, n° 392.

aura en vue un avantage usuraire, plus il réduira la somme pour rendre cet avantage plus considérable en cas de non exercice du rachat. De plus, si l'immeuble est réellement livré, l'acquéreur en retirera les revenus, qui devront excéder l'intérêt légal. Ainsi, usure dans la perception de cet intérêt, usure sur le remboursement du capital, si la propriété n'est pas rachetée, telle est la double face que présente ce dangereux contrat.

Il suit de là que la justice a le plus rigoureux devoir à éclairer l'opération qui lui est dénoncée, à la rétablir dans son véritable caractère, à lui restituer ses effets naturels. Elle empêchera ainsi la consommation d'une fraude trop facile pour ne pas être très souvent tentée.

1176. — Nous nous sommes déjà occupés de la recherche des circonstances de fait pouvant donner à la vente à réméré le caractère d'un contrat pignoratif. Ces circonstances sont, avons-nous dit : 1° la vileté du prix ; 2° le pacte de rachat ; 3° la relocation ; leur réunion, avons-nous ajouté, peut suffire pour faire admettre l'absence d'une vente [1].

1177. — Peut-on arriver au même résultat, si ces trois circonstances n'existaient pas simultanément? A cet égard une distinction nous paraît indispensable.

1178. — Ce qui est surtout dans le cas de changer la nature apparente du contrat, c'est le fait de la transmission conditionnelle et temporaire de la propriété de la chose vendue. Evidemment si ce transport est fait de

[1] V. *supra*, chap. 2, sect. 3, n° 946.

manière définitive et irrévocable au moment du contrat et par le contrat même, il serait difficile de voir dans ce contrat autre chose qu'une véritable vente à des conditions plus ou moins avantageuses, mais ne pouvant, dans aucun cas, autoriser une autre action que celle en lésion.

Dès lors la stipulation de rachat est indispensable, son absence enlèverait tout moyen de soutenir que la vente n'est qu'un contrat pignoratif. Vainement, en cet état, arguerait-on de la vileté du prix et de la relocation. La première ne serait à considérer que si elle occasionnait une lésion atteignant les proportions établies par l'art. 1674. La seconde ne constituerait plus que l'exercice licite d'un droit exclusivement dévolu au propriétaire.

Mais le pacte de rachat stipulé dans l'acte, la réunion des deux autres circonstances est en quelque sorte la preuve qu'il s'agit d'un contrat pignoratif. L'absence de l'une d'elles affaiblit cette preuve, mais ne la fait pas disparaître complètement, en ce sens que la présomption que l'existence de l'autre fait naître est de nature à déterminer la conviction que les autres faits du procès peuvent confirmer.

1179. — Ainsi la vileté du prix coincidant avec le pacte de rachat, confirme ce que celui-ci fait présumer, à savoir : l'absence chez le vendeur de toute intention de vendre. La faculté de racheter est incompatible avec l'idée d'aliéner; que sera-ce donc si à cette faculté se joint un prix évidemment en dessous de la juste valeur. Il n'y a plus alors qu'une seule explication admissible, c'est que le prétendu vendeur a accepté comme prêt la somme qu'il n'eût jamais acceptée comme l'équivalent

de ses biens. La prétendue aliénation qu'il en fait n'est donc plus que la garantie de ce prêt. On ne saurait décider le contraire sans se placer en contradiction avec la vérité, sans consacrer la spoliation que l'usure s'est ménagée.

M. Chardon, qui professe cette doctrine, s'étaye sur cet exemple : Jacques, voulant emprunter 6,000 fr., vend à Jean, moyennant cette somme, un domaine affermé 600 fr. et l'acquit des contributions, avec la faculté de racheter ce domaine dans cinq ans, en rendant les 6,000 fr. Qui refuserait, dit cet auteur, de voir, dans ce traité, un prêt à dix pour cent, offrant en outre la perspective pour le prêteur d'obtenir le double de son capital, si l'emprunteur ne profite pas du délai pour se libérer? Pour tolérer une pareille exaction, il faudrait méconnaître et l'art. 2088 du Code et la loi de 1807 [1].

La vileté du prix, qui ne serait pas par elle seule un indice de fraude, la fait fortement présumer lorsqu'elle se réunit au pacte de rachat.

1180. — La relocation ne produit pas, dans les mêmes circonstances, un effet moins décisif. D'une part, le pacte de rachat, disions-nous, exclut toute intention de vendre ; de l'autre, la relocation fait supposer que l'acheteur n'a pas voulu sérieusement acheter. Celui qui acquiert réellement une chose ne le fait que pour la posséder et en jouir. Comment donc interpréter la conduite de cet acquéreur, dont le premier acte est de laisser la jouissance et la possession aux mains du vendeur.

Vainement exciperait-on de l'existence d'un bail pour

[1] *Du dol et de la fraude*, n° 512.

justifier la précarité de la possession du vendeur, l'existence de ce bail serait sans influence aucune, parce que la réussite de la simulation dont il est argué l'amenait forcément. Elle n'est qu'une conséquence de l'apparence donnée à l'acte. Vouloir donc justifier celle-ci par celle-là, c'est appeler la fraude au secours de la fraude. D'ailleurs, s'il n'y a pas vente, il y a prêt, et dès lors nécessité de stipuler un intérêt quelconque. C'est cet intérêt que la nécessité de la stipulation a fait qualifier prix d'un bail, qualification qui devait tomber devant la certitude qu'il n'existe pas de vente sérieuse.

La faculté de rachat et surtout la rétention de la possession excluent toute idée de vendre chez le prétendu vendeur. Le consentement donné à cette rétention, même par un bail formel, exclut chez l'acquéreur l'intention d'acheter. La coïncidence de ces deux présomptions doit être considérée comme établissant sans réplique le véritable caractère de l'acte.

Ainsi donc la réunion des trois circonstances que nous avons énumérées n'est pas nécessaire. Il suffit qu'au pacte de rachat vienne se joindre ou la vileté du prix ou la relocation. Si elles existaient toutes trois, la démonstration de la fraude n'en serait que plus évidente. Au reste, nous dirons à cet égard ce que nous avons déjà dit et ce que nous serons amené à répéter encore : en cette matière, comme dans toutes les appréciations de fait, la solution est livrée à l'arbitrage souverain du juge. Elle peut constituer un bien ou mal jugé, jamais une violation de la loi susceptible de censure de la part de la Cour de cassation[1].

[1] Cass., 3 mars 1825 ; — D. P., 25, I, 177.

1181. — L'acte de vente déclaré contrat pignoratif est nul comme vente, il n'a donc jamais pu en produire les effets. Ainsi la propriété n'a pas cessé de résider sur la tête du débiteur. Elle est donc soumise aux droits que les créanciers de celui-ci auraient acquis avant la résolution du contrat, comme elle est affranchie de toutes les charges dont le prétendu acquéreur l'aurait grevée. Par rapport à lui, l'acte ne lui confère qu'un simple droit d'obligation l'autorisant à se faire rembourser du capital et des intérêts légaux [1].

Ce résultat est indépendant d'une usure quelconque. Le contrat pignoratif ne peut dans aucun cas, aux termes de l'art. 2088, transférer au créancier la propriété, il ne lui donne que le droit, à défaut de paiement au terme convenu, de poursuivre l'expropriation des biens qui lui ont été donnés en antichrèse. En conséquence, le contrat de vente, reconnu n'être qu'un contrat pignoratif, ne saurait produire d'autres effets, alors même qu'il ne renfermerait aucune usure.

Si l'usure existe, il est pourvu à l'intérêt du débiteur par l'imputation de ce qu'il a indûment payé, d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital.

1182. — L'usure, qui a abusé du contrat de mariage, de la donation, du contrat à la grosse, de la vente, a aussi tenté de se déguiser derrière l'échange. C'est ce que

* [1] Lorsque l'existence d'une impignoration illicite est reconnue, l'annulation qui est prononcée ne porte que sur la vente et non sur la convention que les parties ont eu en réalité l'intention de conclure, et qui produira tous les effets licites attachés à cette convention. — Voy. Duvergier, *Vente*, II, n° 11 ; Troplong, *Nantissement*, n° 529.

pratiquait un usurier d'Alsace. Il achetait habituellement de petits héritages, et lorsqu'on venait lui emprunter de l'argent, il obligeait l'emprunteur à en prendre un à titre d'échange pour le prix qu'il y mettait. De cette manière il ne figurait que comme créancier d'une soulte et jamais comme prêteur. Il espérait ainsi jouir impunément du fruit de ses rapines, car il s'assurait par ce moyen un intérêt quelquefois de cinquante et de quatre-vingts pour cent.

Mais son attente fut déçue, un de ces prétendus échanges ayant été déféré à la justice, la Cour de Colmar refusa de reconnaître les caractères de ce contrat, le déclara un simple prêt usuraire et l'annula, délaissant les parties à se régler pour ce qui avait été réellement prêté, compensation faite avec ce qui était déjà payé [1].

1183. — Nous pourrions multiplier les exemples et, parcourant tour à tour les autres contrats, démontrer qu'ils peuvent aussi, quelle que soit leur spécialité, recéler l'usure sous des apparences de légalité irréprochable. Nous en avons dit assez pour prouver que l'usure est douée d'une subtilité qui ne le cède qu'à son audace. Il faut donc, pour la combattre et la vaincre, une perspicacité rare, une patience à toute épreuve, une persévérance obstinée. La loi, en conférant la répression aux tribunaux, leur a conféré le pouvoir que cette mission exigeait, en les armant du droit d'apprécier souverainement les faits et les actes, et de s'arrêter plutôt à l'intention des parties qu'à la lettre, même expresse, de leur contrat. Que les magistrats veillent donc avec une sévère

[1] 25 mars 1825 ; — D. P., 25, 2, 173.

exactitude, mais que l'horreur de l'usure ne les entraîne jamais à porter atteinte à des conventions légitimes, injustement attaquées. Impitoyables pour la fraude, ils doivent, avec la même rigueur, proscrire les attaques que dicterait l'imprudence ou la déloyauté.

1184. — L'usure ne devient un délit que par la répétition et la fréquence des actes qui la constituent. La loi correctionnelle n'atteint, en effet, que l'habitude, mais chaque fait usuraire ouvre une action à la partie lésée. Dans l'un et dans l'autre cas, l'usure se déguisant à l'aide de titres écrits qu'il faut anéantir, on a prétendu que soit l'action au civil, soit celle du ministère public au criminel, ne pouvait être admise que si elle s'étayait d'une preuve écrite.

1185. — L'art. 1341, a-t-on dit, proscrit toute preuve testimoniale outre et contre le contenu de l'acte. Par application de ce principe, on doit reconnaître que l'habitude d'usure, quoique constituant un délit, ne peut être établie par la preuve testimoniale. Il est, en effet, des délits qui n'admettent pas ce genre de preuve, telle est notamment la violation de dépôt, lorsqu'il s'agit d'objet valant plus de 250 fr.

Mais ce système proscrit par la Cour de cassation, le 2 décembre 1813, a été, depuis, complètement abandonné.

1186. — Battue sur ce terrain, l'objection s'est rejetée sur l'action de la partie qu'elle a voulu repousser par la même fin de non-recevoir. Ce système, consacré

par un arrêt de la Cour de Pau, est celui qu'adopte M. Sirey[1].

1187. — Mais le système contraire, soutenu par de nombreux et graves auteurs[2], a prévalu en jurisprudence[3]. Il faut bien le reconnaître, sans cette solution, les lois répressives de l'usure n'étaient plus qu'une lettre morte sans application possible.

On ne viole pas une loi formelle sans prendre toutes les précautions susceptibles d'assurer la réussite du projet ayant déterminé cette violation. Comment se flatter de voir l'usure laisser sur son passage des traces écrites, elle qui, pour mieux se déguiser, emprunte toutes les formes, déploie toutes les ruses les plus subtiles, et sait ainsi se soustraire parfois à toute poursuite? Mettre sa répression au prix d'une preuve écrite, autant valait la proclamer inviolable.

Est-il vrai, d'ailleurs, que l'art. 1341 puisse régir la matière? Cet article ne concerne que l'intérêt particulier, dont elle prévoit et punit la légèreté et l'imprudence. Chaque partie peut renoncer à un avantage personnel, et cette renonciation, la loi la fait résulter de l'absence d'une preuve écrite. Mais nul ne peut renoncer à une prescription d'ordre public, répudier le commande-

[1] 17 mars 1821; — Sirey, 25, I, 45 et 46.

[2] Toullier, tom. IX, n° 193; — Chardon, n° 520; — Troplong, n° 405; — Duranton, tom. XIII, n° 332; — Garnier, *De l'usure*, p. 110; — Zachariæ, tom. III, § 98, not. 20; — Duvergier, n° 307; — Dalloz, tom. XII, pag. 721.

[3] Caen, 25 juillet 1827; — Bourges, 2 juin 1831; — Sirey, 1830, 294; 1832, II, 120; — Bass., 28 juin 1821; 18 février 1829; — D. P., 29, I, 375.

ment d'une prohibition dans un intérêt général. Or l'usure intéresse l'un et l'autre, et, à ce double titre, son inefficacité est absolue, radicale et n'admet pas même de convention contraire. Serait-il donc possible de faire, par un défaut de preuve littérale, ce que ne ferait pas l'engagement le plus positif?

1188. — M. Troplong a raison. Le simple bon sens indique que telle n'a pas été la pensée du législateur. Car, pour décider le contraire, il faudrait aller jusqu'à admettre que la loi a eu pour objet d'assurer l'impunité à l'usure qu'elle semblait proscrire, et de donner aux usuriers une égide et un encouragement pour ne laisser aucune trace apparente de leurs pratiques abusives, pour envelopper les desseins de leur cupidité sous les couleurs trompeuses d'un acte licite.

D'ailleurs, si le délit d'usure ne résulte que de l'habitude, il est certain que cette habitude n'est elle-même que la conséquence naturelle des faits divers la constituant. Dès lors chacun de ces faits est un élément essentiel du délit, sans être le délit lui-même. La loi qui réprime celui-ci ne saurait tolérer des actes qui aboutissent à le caractériser.

Enfin la participation du débiteur au contrat n'est d'aucune considération. D'abord parce qu'il n'appartient à personne de violer l'ordre public ou l'intérêt général[1]. La nullité résultant de cette violation étant absolue, peut être invoquée par tous. Ensuite, parce qu'en matière d'usure le débiteur est censé céder à une violence morale à laquelle il ne peut résister.

[1] Limoges, 28 février 1839 ; — D. P, 39, 2, 267.

1189. — La preuve testimoniale est donc admissible pour le fait spécial d'usure comme pour le délit lui-même. De là cette conséquence que, sans y recourir, les juges peuvent déclarer la convention usuraire, si des présomptions graves, précises et concordantes viennent leur en donner la conviction.

1190. — Dans l'hypothèse même où ces présomptions, où la preuve testimoniale ne paraîtraient pas décisives, les juges pourraient, en vertu des art. 1366 et 1367, déférer le serment supplétoire. Cette faculté, que M. Chardon s'efforce de justifier, n'est contestée par personne. Oui, les juges le peuvent. Le doivent-ils, c'est ce qui est plus délicat et plus grave.

Il est peu d'exemple d'un individu reculant devant la nécessité d'affirmer sous serment l'allégation qu'il a judiciairement produite et soutenue. Déférer à une partie la décision de son procès, c'est s'exposer à ne pas toujours consacrer la vérité.

M. Chardon, cependant, enseigne non seulement que les juges ne doivent pas hésiter à déférer le serment, mais encore qu'il convient de le déférer au débiteur alléguant l'usure. Mais, en pareille matière, l'absolu offre d'inévitables dangers.

1191. — Nous tenons donc que la plus extrême prudence doit diriger l'exercice de cette faculté que le serment ne doit être déféré que lorsque, par la gravité des présomptions relevées, cette formalité est en réalité une précaution pour vaincre un dernier scrupule de la conscience. Si le juge n'est pas convaincu, si les présomptions ne lui paraissent pas recevables, un serment prêté après

un tel débat rassurera-t-il et sa raison et sa conscience ?

1192. — Quant à celui à qui le serment doit être déféré, nous ne voyons pas de moyen de le désigner sans empiéter sur la conscience du juge. La loi l'autorise à le déférer à l'une des parties ; c'est donc à sa sagesse et à sa prudence qu'elle s'en rapporte. Il est d'ailleurs seul en état d'apprécier les antécédents et la moralité des plaideurs, et s'il est vrai qu'une précédente condamnation pour usure dût rendre le créancier suspect, il peut se faire aussi que la conduite passée du débiteur ait été telle qu'il y aurait danger à s'en rapporter à lui. Il faut donc s'en tenir à l'avis de la loi elle-même, et laisser le magistrat arbitre souverain d'un choix qui lui appartient exclusivement.

1193. — L'existence de l'usure prouvée, le contrat qui en est vicié doit être ramené à des proportions légales. Le débiteur est dès lors autorisé à se faire restituer, soit directement soit par imputation sur ce qui reste dû, toutes les sommes qu'il a indûment payées. L'action quant à ce, formellement édictée par l'art. 3 de la loi du 3 septembre, n'a jamais rencontré de contradiction, ni soulevé de difficultés.

1194. — Cette action est ouverte en faveur du débiteur, ses héritiers ou ayants cause, y compris ses créanciers. Ces derniers ont un intérêt évident à tout ce qui est de nature à grossir l'actif de leur débiteur. On ne saurait donc les évincer de l'instance que, dans le silence de celui-ci, ils auraient eux-mêmes introduite, soit pour constater l'usure, soit pour revendiquer les conséquences.

Cette instance trouverait sa recevabilité dans la disposition des articles 1166 et 1167 du Code civil.

1195. — L'action en réduction ou en compensation est toujours une action principale que le débiteur ou ses ayants cause doivent directement exercer. Elle ne peut jamais être jointe à l'action en répression du délit poursuivi par le ministère public.

Nous l'avons déjà dit : ce qui constitue le délit d'usure, c'est l'habitude; sans doute chaque fait spécial est un des éléments du délit, mais n'est pas le délit lui-même. Dès lors l'action civile se poursuivant concurremment avec l'action criminelle, ne pouvant résulter que d'un délit, n'appartient à aucun des débiteurs lésés par le fait spécial.

De là il suit que, quels que soient les termes de l'article 3 de la loi du 3 septembre 1807, on ne doit confondre ni le principe ni les effets des deux actions qu'il autorise. Ainsi le tribunal correctionnel, compétent pour juger le délit d'habitude, a sans doute la faculté, pour la détermination de l'amende, de relever et d'indiquer nominalement les créances qu'il trouve usuraires, mais cette indication faite épuise sa compétence, en ce sens qu'il ne peut prononcer ni résiliation ni compensation. L'une ou l'autre ne peuvent être que la conséquence d'une action dont la connaissance est exclusivement déférée aux tribunaux civils.

1196. — De plus, et en vertu du principe de la séparation du criminel et du civil, la chose jugée par le tribunal correctionnel n'a aucune influence nécessaire dans

l'instance civile. Ainsi, quoique la créance, dont la réduction fait l'objet de celle-ci, se trouve nommément parmi celles déclarées usuraires et ait concouru à la détermination de l'amende, le tribunal civil peut ordonner une instruction nouvelle et écarter la prétention d'usure, si son existence ne lui paraît pas suffisamment démontrée. On comprend, en effet, que le prévenu d'habitude d'usure, se débattant contre une masse de faits, n'ait pu faire pour chacun d'eux des justifications qu'une attaque, concentrant la difficulté sur un seul point, lui permettra d'offrir.

Par la même raison, la créance, que le tribunal correctionnel n'aurait pas rangée dans la classe des faits usuraires, pourra être considérée comme telle par le tribunal civil, l'instruction ordonnée sur l'action du débiteur étant de nature à confirmer une prétention qui ne s'appuyait, dans la poursuite criminelle, que sur le dire personnel du débiteur lui-même.

1197. — Ainsi l'exception péremptoire de chose jugée ne peut résulter ni en faveur, ni au détriment du créancier, de la décision intervenue sur la poursuite du ministère public. Cette exception, le jugement qui aurait prononcé la légitimité de la créance contradictoirement entre le créancier et le débiteur, pourrait seul l'établir ; ainsi le débiteur poursuivi en paiement, et condamné définitivement, ne pourra plus soutenir que la dette était entachée d'usure ; c'était là une exception de nature à mettre obstacle à la condamnation, tout au moins à la faire modifier. Il devait donc l'opposer et le silence qu'il a gardé avant cette condamnation, il n'est plus recevable à le rompre après, il ne peut en être relevé que si le

jugement peut encore être attaqué par les voies ordinaires [1].

1198. — En effet, l'exception d'usure étant un moyen et non une nouvelle demande, peut être proposée pour la première fois devant la Cour d'appel, c'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 31 décembre 1833 [2].

1199. — M. Chardon pense qu'un jugement intervenu sur l'exécutiou du titre, spécialement sur la validité d'une saisie mobilière, ne constituerait pas la chose jugée sur la légitimité du titre [3]. Nous ne saurions être de son avis, surtout après avoir consulté l'espèce qu'il emprunte à Dumoulin, et sur laquelle il étaye son opinion. Dans cette espèce, en effet, c'était un créancier disputant un droit de priorité dans une instance en distribution du prix d'une maison saisie. Conformément à la loi de l'époque, tous les créanciers avaient été admis à la saisie, et c'est dans cette admission purement conservatoire que le créancier contesté voulait trouver une fin de non-recevoir contre l'usure qui lui était reprochée. Cette fin de non-recevoir fut repoussée, car l'admission pouvait bien au pis aller conférer la qualité de créancier, mais non déterminer le chiffre exact de la créance, ni

[1] Celui qui, par un jugement passé en force de chose jugée, a été condamné au paiement d'une somme déterminée, ne peut plus demander que sa condamnation soit réduite, sous le prétexte qu'elle comprend des intérêts usuraires. Chardon, *De l'usure*, Req. 27 mai 1840, Sir., 40, I, 620; 8 mars 1847, Sir., 47. I, 470.

[2] D. P., 34, I, 140.

[3] *Dol et fraude*, n° 515.

encore moins la purger du vice d'usure qui, comme l'observe Dumoulin lui-même, n'avait pas même été articulé : *In quo de usura non fuerat disputatum.*

Tout cela n'a rien de commun avec la décision rendue sur la validité de l'exécution d'un titre entre créancier et débiteur. Le sort de la saisie dépend évidemment de celui de la créance, surtout en matière d'usure. Son existence reconnue amène la nécessité d'un règlement pour établir le chiffre de la restitution ou de l'imputation. Elle enlève donc à la créance toute liquidité. Or, on ne peut saisir que pour une somme liquide et exigible. La validité de la saisie, reconnaissant ce double caractère aux sommes exigées, établit donc explicitement la légitimité de la créance.

L'opinion de M. Chardon ne nous paraît donc pas admissible, tout au moins faudrait-il en réduire l'application au cas où la saisie n'aurait été contestée que sous le rapport de la forme. Dans cette hypothèse, en effet, on ne saurait opposer au débiteur qu'une reconnaissance implicite de la validité du titre, résultant de ce qu'il n'aurait contesté la saisie qu'en la forme. Mais, à ce reproche, le débiteur pourrait répondre que le vice d'usure ne pouvant être ratifié, sa reconnaissance implicite ne saurait sortir à effet.

1200. — Le fondement de cette réponse est parfaitement juridique ; en effet, l'usure et sa répression intéressant l'ordre public, le vice que son existence crée n'est pas susceptible d'être expressément, et moins encore tacitement ratifié.

Le motif de cette prohibition est puisé dans la considération que nous rappelions tout à l'heure, à savoir :

que le débiteur est censé céder à une violence morale. Or, ce défaut de liberté, existant à l'endroit du titre constitutif de l'usure, existerait également à l'endroit de l'acte de ratification; ce qui vicie le premier, vicierait donc infailliblement le second [1].

Mais de là cette conséquence que la ratification, donnée expressément ou tacitement après la libération, rendrait toute recherche ultérieure non-recevable. Le débiteur qui a payé reprend tout sa liberté, il n'a plus rien à redouter des exigences de son créancier. L'action en répétition qui lui reste, est une faveur de la loi à laquelle il lui est loisible de renoncer; cette renonciation s'induit de la ratification : dès lors l'existence de celle-ci rendrait à l'avenir toute réclamation non-recevable, à moins que l'acte de ratification ne fût que le résultat du dol ou de la fraude.

Il en est de la transaction comme de la ratification, celle qui serait consentie pendant l'existence de la dette serait sans effet et ne ferait nul obstacle à la restitution intégrale du débiteur usuré; au contraire, celle intervenue après paiement sortirait définitivement à exécution, et les sommes abandonnées ne pourraient plus être répétées. Celui qui peut valablement renoncer au tout, peut incontestablement renoncer à la partie, donc celui qui a la faculté de ratifier purement et simplement, peut, à plus forte raison, transiger [2].

* [1] Le débiteur ne peut, ni par une confirmation expresse ou tacite, ni même par un nouvel acte d'obligation, renoncer au droit d'exercer la répétition des intérêts usuraires. Civ. rej. 13 décembre 1833, Sir., 34, I, 104.

* [2] On peut transiger sur une action en restitution d'intérêts usuraires. Civ. rej. 21 novembre 1822, Sir., 33, I, 95; 9 février 1836, Sir.,

1201. — Une autre fin de non-recevoir pourrait être opposée par le créancier à la demande en restitution, à savoir : celle tirée de la prescription. La question de savoir si le fait usuraire est susceptible de prescription a été controversée dans l'ancien droit, elle ne l'est plus aujourd'hui. L'affirmative, que soutenait Dumoulin [1], est admise en doctrine et en jurisprudence.

A quel moment convient-il de fixer le point de départ de cette prescription? Evidemment au jour où l'opération s'étant liquidée, les parties sont devenues étrangères l'une à l'autre. En effet, tant que le débiteur ne s'est pas libéré, l'usure se continue et se poursuit; elle se renouvelle à chaque perception. Conséquemment, si pendant cette période la prescription pouvait courir, il arriverait un moment où, par son accomplissement, la fraude aurait acquis une existence certaine en commandant l'exécution, c'est-à-dire qu'on acquerrait le droit de violer la loi, par cela seul qu'on l'aurait violée pendant un temps fort long.

D'autre part, le débiteur menacé de poursuites, ou poursuivi à chaque nouvelle échéance, ne peut, par son silence antérieur, avoir aliéné le droit de se défendre, et ce droit renaît avec les prétentions qu'il a pour objet de combattre. Il peut donc être exercé tant que le créancier vient par ses demandes en provoquer l'exercice, sans avoir égard au temps plus ou moins long qui sépare les demandes de l'origine de la créance : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.* Vou-

36, I, 88. — Mais un contrat usuraire ne peut être validé, pour l'avenir, par voie de transaction. *Voy.* Req. 29 mai 1828 ; 22 juin 1830, Sir., 30, I, 409.

[1] *De usur.*, Q. 17, n° 190.

lût-on considérer les paiements antérieurs comme une reconnaissance du droit, qu'on n'arriverait à aucun résultat utile, puisque, ainsi que nous venons de le voir, l'usure n'est pas susceptible d'être reconnue ou ratifiée tant que le débiteur est asservi à ses liens.

La prescription ne peut donc courir contre le débiteur qu'à partir de sa libération. Alors, en effet, le droit de réclamer l'indemnité du préjudice est acquis, et avec son ouverture commence contre le débiteur une véritable mise en demeure de l'exercer. Son silence a une signification d'autant plus expresse qu'il est en position d'abandonner formellement l'avantage que la loi lui assure, et c'est dans le sens de cet abandon qu'il doit être interprété. Jusque-là, en effet, tout ce qu'il a fait n'est considéré que comme le résultat de la contrainte morale qu'il subissait, mais cette contrainte cessant, ne pourrait plus ni expliquer ni excuser son inaction.

1202. — Par quel laps de temps le créancier aura-t-il prescrit contre le débiteur?

En thèse ordinaire, l'action pour usure ne se propose qu'un seul but, celui de faire ordonner la restitution de ce qui a été injustement perçu d'une part, indûment payé de l'autre. Elle est donc une véritable action en répétition, et, comme telle, elle ne se prescrit que par trente ans.

Vainement a-t-on excipé des termes de l'art. 1304 pour soutenir que la prescription décennale était applicable ; cet article ne régit que les actions en nullité ou en rescision. Or, l'acte entaché d'usure n'est ni nul, ni rescindable, il est seulement réductible. Ainsi l'usure admise, reste un engagement licite pour tout ce que le

débiteur a réellement reçu, et dont rien ne peut empêcher la stricte exécution dans les proportions réduites. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin[1], *quia condicens indebitum non dicitur venire contra pacta et conventa, nec petere illa rescindi.*

Si donc l'action n'est pas celle de l'art. 1304, il devient évident que sa durée ne saurait être régie par lui. Elle reste donc soumise soit au principe général, soit au principe spécial à la répétition de l'indu[2].

1203. — Toutefois cette règle n'est applicable qu'à l'usure ressortissant d'un acte d'obligation pur et simple. L'usure palliée sous l'apparence d'un autre contrat obéit à d'autres principes. L'action, en ce cas, prend tous les caractères de celles dont il est question en l'article 1304. Il ne s'agit plus, en effet, d'une action simple en répétition, mais bien en nullité de la vente, de la donation recélant l'usure. Cette nullité prononcée, l'acte est anéanti dans tous ses effets. L'action est donc, dans ce cas, réellement *contra pacta et conventa*, elle a pour objet principal leur rescision, *petit illa rescindi*, elle doit conséquemment être intentée dans les dix ans.

1204. — Mais, ainsi que nous l'avons fait observer ailleurs[3], ce délai s'applique à l'action directe du débiteur. Si l'usure palliée avait créé un contrat dont le créancier

[1] *Quest.* 19. n° 200.

[2] *Voy.* Troplong, *Du prêt*, n° 401 ; Vazeille, *Prescriptions*, I, 112 ; Larombière, IV, art. 1304, n° 58 ; Aubry et Rau, IV, § 339, p. 277 ; Civ. rej. 31 décembre 1833, Sir. 34. I, 104.

[3] V. *supra*, n°s 631 et suiv.

demanderait l'exécution, la prescription lui serait en tout temps opposable, en force de la maxime que nous rappellions tout à l'heure : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

SECTION VII.

Fraudes dans les Mandats.

SOMMAIRE.

1205. Caractère et importance du contrat de mandat.
1206. Facilités qu'il offre à la fraude.
1207. Conséquences.
1208. Le mandataire répond de sa faute.
1209. Obligations que crée l'acceptation du mandat.
1210. Forme de l'acceptation. — Peut-elle résulter du silence gardé sur la proposition.
1211. *Quid*, pour les notaires, avoués, commissionnaires ?
1212. Obligations imposées en cas de refus.
1213. Conséquences de l'acceptation.
1214. Obligation d'accomplir le mandat jusqu'à révocation.
1215. Première exception à cette règle. — Devoirs du mandataire placé dans l'impossibilité de remplir le mandat.
1216. Seconde exception. — Force majeure.
1217. Devoir du mandataire de se conformer strictement à son mandat, quant à la quantité et à la qualité des choses demandées.
1218. Quant au prix.
1219. La chose achetée au delà de ce prix doit-elle rester pour le compte du mandant, si le mandataire prend l'excédant à sa charge ?

1220. La limitation du prix ne fait pas disparaître l'obligation d'acheter à un prix moindre, s'il y a possibilité.

1221. Devoir du mandataire de rectifier l'erreur évidente du mandant.

1222. Le mandataire est tenu d'administrer en bon père de famille.

1223. Délits caractérisés par l'infidélité du mandataire. — Différence entre l'abus d'un blanc seing et les détournements.

1224. Peine contre l'application, à l'usage personnel du mandataire, des fonds provenant du mandat.

1225. Nécessité d'entreprendre, dès l'acceptation, l'opération faisant la matière du mandat.

1226. De tenir le mandant au courant de l'affaire.

1227. Administration du mandataire. — Ce qu'on doit attendre de lui.

1228. Il commet une faute grave s'il divulgue le secret de l'opération.

1229. S'il accepte comme bonnes des marchandises de qualité inférieure ou mauvaise.

1230. S'il traite avec des individus notoirement insolvables.

1231. S'il substitue ses pouvoirs sans y être autorisé, et en cas d'autorisation, s'il choisit une personne incapable ou insolvable.

1232. Responsabilité du mandataire vis-à-vis des tiers.

1233. Obligation du mandataire de rendre compte. — Etendue de cette obligation.

1234. Elle comprend les profits, même illégitimes, réalisés à l'occasion mais non ceux opérés par l'abus, du mandat.

1235. Mais le mandataire ne peut s'attribuer au delà du salaire convenu.

1236. Obligations du mandant par rapport au mandataire.

1237. Conditions exigées pour que les tiers puissent recourir contre le mandant.

1238. Première condition: Se réalise le plus ordinairement en matière civile et dans le commerce pour les affaires traitées par commis-voyageurs.

1239. Nature des pouvoirs de ceux-ci. — Importance de sa détermination.
1240. Règles s'induisant de l'autorisation donnée au mandataire commercial d'agir en son propre et privé nom.
1241. Exceptions à la première règle: — 1° Lorsque le mandataire est légalement le représentant du mandant.
1242. 2° Lorsque celui-ci, étant notoirement connu, c'est à lui que les tiers sont présumés avoir fait confiance.
1243. Controverse à ce sujet. — Opinion de Pothier, de MM. Delamare et Lepoitvin, de M. Troplong.
1244. Conclusion.
1245. Exception à la seconde règle en matière d'assurances. — Premier motif: Empêcher que l'assurance ne soit qu'un jeu.
1246. Deuxième motif: Responsabilité du mandant quant aux prescriptions de l'art. 348 du Code de commerce.
1247. Responsabilité mutuelle du mandant et du mandataire.
1248. Celle du dernier ne s'étend pas au dol du mandant.
1249. Conséquences légales de la désignation du mandant.
1250. Deuxième condition: Que le mandataire n'ait pas excédé ses pouvoirs.
1251. Effets de l'excès, relativement au mandataire.
1252. Relativement aux tiers.
1253. Exceptions à la règle qu'en cas d'excès le mandant n'en est pas tenu. — Première: Obscurité ou ambiguïté du mandat.
1254. Deuxième: Excès fondé sur la procuration elle-même. — Devoirs du mandant pour la restitution de celle-ci.
1255. Troisième: Modifications du mandat par acte séparé.
1256. Quatrième: Ratification. — Ses caractères. — Ses effets.

1205. — Le mandat est un des contrats les plus importants, les plus utiles, en matière commerciale surtout. Grâce à son utile secours, chacun peut agir dans les localités les plus éloignées et étendre ses relations sans être exposé de recourir à des préposés spéciaux dont le

moindre inconvénient était la dépense considérable qu'ils entraînaient. Aussi est-ce avec toute raison que Savary a pu dire qu'il n'y a rien qui maintienne tant le commerce que les commissionnaires ou correspondants. Car, par leur moyen, les marchands et banquiers peuvent négocier dans tout le monde sans sortir de leurs magasins ou comptoirs [1].

Les services que le mandat est appelé à rendre au commerce se réalisent également, quoique dans de moindres proportions, dans les affaires civiles. C'est en usant de ce contrat que les citoyens peuvent agir dans les lieux les plus éloignés de leur domicile, sans se donner le souci, les fatigues et les dépenses d'un long voyage.

1206. — Mais par cela même que ce contrat exige, d'une part, le plus complet abandon, la plus entière confiance; d'autre part, la bonne foi la plus loyale, son exécution peut offrir beaucoup de dangers par la facilité qu'elle offre pour toute sorte de fraude. C'est cette conviction qui faisait Savary s'écrier : *Qui fait ses affaires par commission, va à l'hôpital en personne.* Cependant, nous venons de le voir rappeler tout ce qu'un pareil contrat a d'avantageux pour le commerce. « Mais, dit-il, si un commissionnaire est très affectionné à conserver les intérêts du commettant, il est certain qu'il est capable de le ruiner. Il y en a un nombre infini d'exemples, et je puis parler comme savant, pour y avoir été plusieurs fois trompé, et je l'ai aussi vu en plusieurs arbitrages, dont j'ai été sur des différends qu'il y avait entre des commettants

[1] *Parfait négociant*, liv. 3, chap. 1. — *Des commissionnaires*, t. I, pag. 234.

et des commissionnaires, où j'ai vu des tromperies effroyables[1]. »

Le commerce n'a pas exclusivement le triste privilège des hommes capables de ces *effroyables* tromperies. Le mandat civil offre des chances identiques. Nous pourrions aussi citer de nombreux exemples de mandataires infidèles, qu'une coupable avidité a porté à ne voir, dans le mandat, qu'une spéculation à leur profit, et dont la fortune s'est scandaleusement créée sur les débris de celle dont la gestion leur était confiée.

1207. — Un pareil danger, quelque grave qu'il soit, ne pouvait pas faire disparaître de nos codes le mandat civil ou commercial, mais il exigeait un surcroît de précaution; et dans l'examen de leur accomplissement, une sévérité d'appréciation capable de déjouer et de décourager la fraude. Plus encore que dans la vente, l'échange ou le louage, il fallait donner le caractère frauduleux à l'infraction d'une obligation ou d'un devoir, abstraction faite de l'intention qui en a été le mobile. C'est en pareille matière surtout qu'on doit dire, avec le législateur romain : *Fraus non in consilio, sed in eventu.*

1208. — C'est ce que le législateur de notre Code a admis. En effet, l'art. 1992 déclare le mandataire responsable non seulement de son dol, mais encore de sa faute, alors même que le mandat est gratuit. Dans ce dernier cas, seulement, la faute est moins sévèrement appréciée,

[1] *Ibid.*, chap. 8, pag. 114.

ce qui était naturellement indiqué par la raison et la justice [1].

Telle était aussi l'opinion de cette école italienne qui a versé tant de lumières sur la matière commerciale. Et par faute, on entendait même l'erreur échappée au mandataire et communiquée au mandant, si cette erreur était de nature à causer à celui-ci un dommage quelconque : *Si recipiens litteras cambii, per errorem scripserit eas acceptatas fuisse, tenetur de omni damno erga remittentem* [2], car, *error excusat errantem, quando agitur de evitando proprio damno, secus si ageretur de damno alterius* [3].

Ainsi, en matière de mandat, la faute même légère équivaut à la fraude et en produit tous les effets. Cela posé, nous avons à examiner les obligations respectives du mandataire et du mandant, dont la violation ou l'inexécution constitue la faute punissable.

1209. — En principe, l'acceptation du mandat crée, pour le mandataire, trois obligations principales :

1° Celle d'accomplir la mission dont il est chargé, tant que le mandat n'est pas révoqué, et même, après révocation, de terminer ce qui ne pourrait être suspendu sans préjudice pour le mandant ;

2° Celle d'accomplir le mandat en bon père de famille ;

3° Celle de rendre compte de la gestion.

[1] Mais l'absence ou la modicité du salaire n'est pas un motif pour affranchir le mandataire de toute responsabilité. Civ. cass. 2 janvier 1832, Sir., 32, I, 319.

[2] Casaregis, *De com. disc.*, n° 54.

[3] Ibid., n° 65.

1210. — Occupons-nous d'abord de l'acceptation, car sans elle point de contrat et, par conséquent, point d'obligation. Or, cette acceptation est, dans tous les cas, au libre arbitre de celui à qui le mandat est proposé. Nul, en effet, ne saurait être contraint à accepter la direction des affaires d'autrui. Le mandat qu'on offrirait dans cet objet peut donc toujours être refusé.

L'acceptation n'a pas besoin, dans tous les cas, d'être expresse ; elle peut se réaliser tacitement. C'est ce qu'on devrait induire de l'exécution que le mandataire aurait donnée au mandat.

Peut-elle résulter du silence gardé sur l'offre du mandat? En principe de droit, la négative ne saurait souffrir de difficultés; personne, en effet, n'étant tenu d'un acte de ce genre, la volonté de l'accepteur doit être certaine. Cette certitude peut bien s'induire du commencement d'exécution, mais on ne saurait la rencontrer dans le silence qu'accompagne l'abstention la plus absolue. Dans une pareille occurrence, se taire, ce n'est pas consentir, c'est bien plutôt refuser.

1211. — Mais on admettrait le contraire si la proposition du mandat s'adresse à un de ceux dont l'état, comme l'observe Pothier, est de gérer les affaires d'autrui. Tels sont les avoués, les notaires, les commissionnaires commerciaux. Celui à qui on s'est adressé pour une affaire de son ministère doit, s'il ne peut ou ne veut s'en charger, écrire immédiatement son refus. A défaut, il serait présumé avoir accepté le mandat, et il deviendrait, dès lors, responsable de la négligence qu'il aurait mise à le remplir, et tenu, par conséquent, du préjudice que cette négligence pourrait occasionner. La raison en

est, dit M. Troplong, que l'office des uns et des autres est acquis de droit à quiconque le leur demande. Ils sont censés provoquer, solliciter les clients par leur exercice public ; accepter, par conséquent, ceux qui se présentent. Pour faire tomber la preuve manifeste qui ressort de cet état de choses, il faut qu'ils s'expliquent en donnant un refus formel [1].

C'est surtout pour le commissionnaire commercial que cette obligation est plus impérieuse et plus étroite. Le temps est, en commerce, un élément extrêmement précieux qu'il convient de ménager, car le moindre retard, pouvant substituer une chance contraire à une chance avantageuse, est dans le cas d'occasionner un préjudice considérable. Celui-là donc qui refuse le mandat qui lui est adressé, doit, par le retour du courrier et sous le plus bref délai, aviser le mandant de l'impossibilité où il est d'accéder à ses désirs : *Quinimo si ille nullatenus posset omnia explere, teneretur sub onere solvendi de proprio, statim nunciare mandati ejus impotentiam vel impedimentum, ut, si velit alterius opera utatur* [2].

C'est là, sans doute, une dérogation au droit commun, mais l'intérêt des affaires en général, celui du commerce en particulier, exigeait qu'il en fût ainsi. Qu'en principe, et *stricto jure*, disent des auteurs modernes, le commissionnaire ne soit lié en rien, ni tenu à rien que par son acceptation, c'est une vérité déjà démontrée ; mais une singularité de la commission, c'est de pouvoir devenir, pour celui-là même qui la refuse, l'occasion d'engagements qu'aucune loi écrite ne lui impose et, par suite,

[1] Art. 1991, n° 344.

[2] Casaregis, *Disc.* 54, n° 31.

d'une responsabilité attachée à l'omission de certaines choses qu'il n'avait pas non plus promis de faire. En droit commercial, cette omission est un quasi-délit. Au premier rang de ces obligations, se place, naturellement, celle de donner avis du refus par le premier courrier ou par la plus prochaine occasion [1].

Le commissionnaire commercial est donc lié par son silence. Il est censé avoir accepté le mandat, par cela seul qu'il n'a pas immédiatement manifesté la volonté contraire. Conséquemment, et en ce qui le concerne, la règle *qui tacet consentire videtur* reprend son empire et produit tous ses effets. Nous allons bientôt voir les conséquences de cette acceptation tacite.

1212. — Il y a plus, le refus fait par le commissionnaire et régulièrement dénoncé, ne le dégage pas de toute obligation, de toute responsabilité. Ainsi, il doit, en attendant qu'il soit pourvu à son remplacement, prendre toutes les mesures conservatoires que la nature du mandat est dans le cas d'exiger. Si, par exemple, des marchandises lui ont été expédiées avec avis qu'on a tiré sur lui par anticipation, il pourra bien refuser l'acceptation des traites, mais non de donner à la marchandise les soins que sa conservation ou son entretien réclame. Il doit donc, à son arrivée, la retirer dans ses magasins ou en faire ordonner le dépôt chez un tiers consignataire, si, dans le délai suffisant, l'expéditeur n'a pas désigné un nouveau mandataire aux mains de qui il puisse la remettre contre remboursement de ses avances [2].

[1] Delamarre et Lepoitvin, tom. II, n° 27.

[2] *Id., ibid.;* — Pardessus, tom. II, n° 558 ; — Dalloz, v° *Commis.*, pag. 742 ; — Vincent, tom. II, pag. 128.

Le négociant qui reçoit, de son correspondant, une traite à faire protester, ne peut se dispenser de remplir le mandat, quelque répugnance qu'il eût à le faire, si la date de l'échéance était trop rapprochée pour qu'il eût le temps d'avertir utilement son mandant. Si, malgré l'ordre qu'il en a reçu ; si, malgré la proximité de l'époque fixée pour le protêt, il s'est abstenu, se contentant de faire connaître son refus, il devient responsable des conséquences du défaut de protêt. Ce qu'il ne voulait pas faire lui-même, il pouvait, il devait même charger un tiers de le réaliser. L'inaction dans laquelle il s'est renfermé constitue donc une faute dont il doit subir les effets. Il en serait de même pour tout mandataire commercial. La non acceptation lui laisse l'obligation d'agir dans tous les cas où il y a lieu de prévenir une déchéance, d'empêcher une prescription ou de préserver le commettant de tout autre préjudice imminent.

Ce n'est là, au reste, qu'une modification à un principe que l'école italienne avait généralement admis, à savoir : qu'un commissionnaire ne pouvait refuser la commission dont on le chargeait [1]. On reconnaissait qu'une telle obligation était contraire au droit civil, mais on pensait que toutes les lois devaient se taire devant l'intérêt général du commerce.

Cette conséquence rigoureuse n'avait pas été adoptée par le droit français. La commission, comme tout autre mandat, pouvait être refusée, mais à la condition, en

[1] Casaregis, *Disc.* 90, n° 5 — * Dans l'ancien droit commercial italien, ce n'était pas seulement les commissionnaires, mais encore les commerçants, en général, qui ne pouvaient refuser leurs services (Casaregis, *Disc.* 190, nos 1-13).

cas de refus, de veiller à la conservation des droits du commettant, en attendant qu'il se fût adressé ailleurs. C'est ce qui se doit pratiquer encore aujourd'hui.

L'obligation imposée au commissionnaire est commune aux avoués, aux notaires, aux huissiers. Eux aussi peuvent ne pas accepter le mandat qui leur est proposé, mais ce refus d'acceptation ne les dégage pas de l'obligation de veiller à la conservation des droits du mandant, jusqu'à ce qu'il les ait remplacés. Ils seraient donc également responsables des déchéances, des prescriptions, du préjudice que l'inobservation de ce devoir pourrait déterminer, comme si recevant un appel à signifier, une hypothèque à renouveler, un effet à faire protester, et n'ayant pas le temps de faire connaître leur refus utilement, ils négligeaient cependant de faire l'un ou l'autre.

Nous ne pensons pas qu'ils pussent se soustraire à cette responsabilité, sous le prétexte que le mandant n'aurait pas consigné les frais pour le coût de l'acte. Ce coût n'étant pas en général fort important, son remboursement ne doit, dans aucun cas, autoriser des craintes tellement sérieuses qu'on dut s'arrêter à une telle excuse. Mais il en serait autrement si l'acte devait entraîner un déboursé considérable, par exemple, si l'effet à protester, étant sur papier libre, devait donner lieu à une forte amende. Il est certain alors que l'officier ministériel, que même le négociant à qui on se serait adressé, ne pourrait être tenu de s'en rapporter, pour son remboursement, à un homme qu'il doit d'autant plus supposer dans l'impossibilité de l'opérer, qu'il a négligé de nantir son mandataire. Or le devoir de celui-ci n'est pas de faire des avances à des insolvables, et si, dans

l'hypothèse, il y a faute de la part de quelqu'un c'est exclusivement chez le mandant, ayant omis de fournir le moyen d'exécuter le mandat qu'il donnait.

Mais hors ce cas, et lorsque tout se réduit aux déboursés ordinaires, le devoir de l'officier ministériel est de conserver les droits qui lui sont confiés, sauf à récuser la suite du mandat qu'il ne croit pas devoir accepter. Ainsi, dit M. Troplong, un client adresse à un avocat à la Cour de cassation un dossier pour se pourvoir. Les pièces n'arrivent à celui-ci que la veille de l'expiration du délai fatal; de telle sorte que le client ne peut-être averti en temps utile de confier sa cause à un autre. Le devoir de cet avocat est de former le pourvoi, sauf à répondre plus tard au mandant qu'il ne veut pas se charger de l'affaire [1].

1213. — Si, au lieu de refuser, le mandataire choisi accepte expressément ou tacitement, le contrat est parfait. Dès cet instant, les parties sont également liées l'une envers l'autre, et le mandataire est en demeure de se livrer à l'exécution de la mission qui lui est confiée.

1214. — La première de ses obligations, avons-nous dit, est de procéder à l'accomplissement de l'opération jusqu'à révocation; et, en cas qu'il soit révoqué, de continuer ses soins, jusqu'à son remplacement effectif, à tout ce qui ne saurait être suspendu sans préjudice pour le mandant.

Cette obligation a toujours été considérée comme une règle de législation. *Sicut autem*, disait le droit romain,

[1] Art. 1991, n° 346.

liberum est mandatun non suscipere, ita suscriptum consummari opportet [1].

L'art. 1991 du Code civil n'est pas moins explicite ; il est vrai que ses termes sont moins précis que ceux que nous venons de rappeler, il ne déclare le mandataire tenu d'accomplir le mandat, que tant qu'il en demeure chargé. Mais on aurait tort de voir dans cette locution autre chose qu'une allusion à la faculté que le mandant conserve de révoquer le mandat. Il ne faudrait pas y voir surtout une possibilité pour le mandataire de se soustraire, en récusant à son gré le mandat, aux devoirs et aux obligations que son acceptation lui impose.

Il ne pourrait être délié de celle-ci que par le consentement formel du mandant, toujours libre de ne pas le donner; et si, malgré le refus qu'il ferait de sa démission offerte, le mandataire s'abstenait d'exécuter le mandat, cette abstention équivaudrait à la fraude engageant sa responsabilité, il serait donc évidemment tenu de réparer le préjudice qui en serait résulté pour le mandant.

Il ne faudrait pas cependant pousser cette règle jusqu'à l'injustice. C'est ce qui arriverait si, après l'acceptation, on prétendait contraindre le mandataire à l'exécution du mandat, alors même que cette exécution serait devenue impossible ou trop onéreuse pour lui. Une pareille rigueur est incompatible avec la nature même du contrat, avec les conséquences qu'il doit produire. S'il importe que les intérêts du mandant ne soient pas désertés, il importe également de couvrir ceux du mandataire d'une utile protection, surtout si le mandat est gratuit.

[1] L. 22, Dig. *Mandati.*

1215. — Notre règle reçoit donc des exceptions. La première a lieu lorsque, après avoir accepté, le mandataire ne tarde pas à se convaincre que l'entreprise dont il s'est chargé n'est pas en son pouvoir[1]. A l'impossible nul n'étant tenu, le mandataire devrait être relevé des effets de son acceptation, dans l'intérêt même du mandant, condamné à voir l'entreprise, faisant la matière du mandat, échouer fatalement et nécessairement. Il ne doit donc pas être privé de la faculté de la conférer à un autre se trouvant dans le cas de la faire réussir.

Mais la conviction de l'impossibilité acquise, le mandataire doit immédiatement en informer le mandant, pour que sans perdre un temps, peut-être précieux, celui-ci avise au mieux de ses intérêts ; que si, loin d'agir de la sorte, le mandataire laisse traîner les choses en longueur ; s'il ne donne avis de sa position qu'à une époque trop rapprochée de celle où le mandat doit être exécuté pour que le mandant soit dans l'impossibilité de le remplacer ; si même, l'avertissement étant donné en temps utile, il n'a pas continué ses soins à l'opération, en attendant qu'il fût remplacé, il sera de plein droit et très justement tenu des conséquences d'une pareille conduite, et obligé de réparer le préjudice qui en sera résulté.

1216. — La force majeure venant s'opposer à l'exécution du mandat, constituerait une seconde et nouvelle exception à la règle de l'art. 1991. Ainsi une maladie, un emprisonnement, serait une excuse valable et libératoire. Empêché d'agir par une circonstance qu'il n'était donné à personne de prévoir ou de prévenir, le manda-

[1] Troplong, art. 1991, n° 338.

taire n'encourrait aucune responsabilité de l'interruption de sa gestion.

L'intérêt du mandant à connaître l'empêchement est aussi évident dans cette hypothèse que dans l'autre. Le devoir de l'en instruire existe donc au même titre. Mais l'appréciation de la manière dont il a été rempli doit obéir à d'autres inspirations. Les préoccupations, les suites d'un emprisonnement, les effets d'une maladie grave, feraient excuser un retard que rien ne justifierait dans la première hypothèse, ils pourraient même faire excuser l'absence complète de tout avertissement par l'impossibilité, dans laquelle le mandataire aurait été placé, d'en donner aucun. Cette impossibilité constatée, celui-ci ne pourrait encourir aucune responsabilité, ni être tenu de réparer le préjudice, c'est là la conséquence naturelle et l'effet légitime de la forme ; il en serait à plus forte raison ainsi si l'événement de force majeure se réalisait dans un temps tellement voisin de celui où devait s'exécuter le mandat, que la nouvelle ne pouvait pas en être utilement transmise.

1217. — L'art. 1991 indique comment doit être accompli le mandat régulièrement accepté. La faute oblige comme le dol, comme la fraude. Il faut donc que le mandataire s'abstienne de tout ce qui pourrait la constituer. Pour cela il n'a qu'à suivre fidèlement les ordres qu'il reçoit, et n'aller jamais au delà de ce qui lui est prescrit. N'oublions pas que le mandataire agit pour le compte d'autrui, qu'il est par conséquent obligé d'exécuter, en quelque sorte passivement, les volontés de celui qui supportera les conséquences de ses actes. Il ne peut surtout substituer son appréciation à celle du man-

dant, sans exposer sa responsabilité. La prudence lui en fait un devoir, alors même qu'il croirait par là servir l'intérêt de ce dernier, car, comme l'observe M. Troplong, s'il échoue, il est coupable, et s'il réussit, on lui saura peu de gré d'avoir voulu être plus sage qu'il ne fallait [1].

Ainsi si le mandat est impératif, soit quant à l'opération elle-même, soit quant au mode d'exécution, il n'a qu'à s'y conformer scrupuleusement et fidèlement; il ne doit jamais oublier cette maxime fondamentale en cette matière : *Non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato.* Tout ce qu'il ferait en sens contraire constituerait une fraude, ou, tout au moins, une faute entraînant la nécessité d'une réparation.

Ainsi l'ordre ne serait pas valablement exécuté, si, commettant une certaine quantité de marchandises, cette quantité n'était pas atteinte ou était dépassée, le mandant ne pourrait, dans un cas comme dans l'autre, être contraint de prendre l'opération pour son compte. Dans le premier, il y aurait inexécution pouvant donner lieu à des dommages-intérêts; dans le second, l'excédant resterait pour le compte du mandataire [2].

Si je vous commets des blés étrangers, et que vous achetiez des blés français; si je vous demande des den-

[1] Art. 1989, n° 257.

[2] Sans aucun doute, le mandat doit être exécuté tel qu'il a été donné. En général, le mandataire ne peut pas se borner à exécuter partiellement le mandat. Cependant, dans certaines circonstances, on pourra tenir compte de l'intention et de l'intérêt du mandant; et si l'exécution partielle lui est profitable, on admettra facilement qu'il a consenti à cette exécution. — *Voy.* en ce sens, Laurent, XXVII, n° 458.

rées d'une provenance déterminée, et que vous m'en envoyiez d'une autre localité, il y a violation du mandat. Vainement prétendrez-vous que ce que vous m'offrez vaut mieux que ce que j'avais demandé, vous ne pouvez vous constituer juge de mes convenances. Mon mandat n'a pas été exécuté comme je voulais qu'il le fût, et cela suffit pour m'autoriser à ne pas en ratifier l'exécution qu'il vous a plu de lui donner.

C'est ce que la Cour de cassation a décidé expressément par arrêt du 6 avril 1831. Dans cette espèce, le mandant avait commissionné des trois-six du marché de Béziers; le mandataire en ayant acheté sur un autre marché, le refus fait par le premier de prendre livraison, fondé sur la différence de provenance, fut sanctionné par la Cour de Montpellier d'abord, et, sur le pourvoi, par la Cour suprême [1].

1218. — Le mandataire, lié par les termes du mandat à l'endroit de la quantité et de la qualité, ne l'est pas moins quant au prix. Tout ce qu'il ferait au-delà de celui fixé par le mandant, lui resterait propre et personnel.

1219. — On a agité la question de savoir si le mandataire, supportant l'excédant du prix et se bornant à exiger le remboursement de celui porté au mandat, pourrait contraindre le mandant à prendre l'opération pour son compte. M. Troplong, après avoir indiqué le dissentiment que cette question avait fait naître entre les Sabiniens et les Proculéiens, enseigne que l'opinion de

[1] D. P., 31, I, 118.

ces derniers, à savoir : l'affirmative, avait prévalu comme plus humaine et plus raisonnable, mais il rappelle immédiatement cette observation de Donneau : qu'il en serait autrement dans le cas où l'excès dans l'exécution du mandat ne pourrait être réparé et causerait au mandant un préjudice pour le total de l'opération [1].

Or, cette dernière hypothèse se réalisera le plus souvent en matière commerciale. Une baisse plus ou moins forte, survenue dans l'intervalle de l'achat à la livraison au mandant, mettrait celui-ci dans la nécessité de subir une perte relativement même au prix qu'il avait coté, ce n'est même que dans cette hypothèse que des difficultés pourront surgir. Quel intérêt, en effet, pourrait avoir le mandant de refuser la marchandise qu'il a commise, et que son mandataire lui expédierait au prix offert, si la marchandise n'a depuis souffert aucune variation?

Mais l'intérêt est évident lorsqu'au moment où le mandataire expédie, la marchandise ne peut être revendue qu'à un prix inférieur à celui côté pour l'achat. Avec cet intérêt, naît le droit de demander compte de l'exécution que le mandat a reçue, et de dire au mandataire : si vous vous étiez renfermé dans les limites que je vous avais tracées, vous n'auriez pas acheté; la marchandise n'est donc en votre possession que parce qu'il vous a plu d'outrepasser le mandat, dès lors, si quelqu'un doit supporter les conséquences de cette violation, c'est vous, et vous seul.

Cette objection serait d'autant plus puissante que, pour se justifier d'avoir outrepassé ses ordres, le mandataire soutiendrait qu'il ne lui a pas été possible d'acheter au

[1] Art. 1989, nos 270 et suiv.

prix indiqué. Mais il est évident que s'il se fût abstenu, la circonstance devenait fort indifférente et même heureuse pour le mandant. Le mandataire a donc en réalité pris sur lui d'aller au delà de ce qui lui était ordonné, il doit en conséquence supporter seul le préjudice qui a été directement occasionné par son fait.

Il est un autre motif rationnel de le décider ainsi. Supposez qu'au lieu d'une baisse, la marchandise ait augmenté de valeur, est-ce que le mandataire sera tenu d'expédier celle qu'il a acquise au delà du prix du mandat? Non évidemment, car, pour étayer sa résistance, il lui suffirait de dire au mandant : la preuve que cette marchandise ne vous était pas destinée, c'est que je l'ai payée à un prix supérieur à celui que vous m'aviez fixé. Donc le mandant exposé à subir les effets de la baisse ne serait jamais appelé à profiter de la hausse, ce qui le placerait dans une position intolérable et injuste.

Il ne peut pas être que le mandataire puisse spéculer aux dépens de son commettant; qu'il puisse, en cas de hausse, s'appliquer l'intégralité du bénéfice, et, en cas de baisse, réduire sa perte à la différence entre le prix qu'il a payé et celui qui lui était indiqué, et se décharger du reste sur la personne de son mandant; admettre le contraire, ce ne serait plus obéir à ces idées d'équité recommandant la solution des Proculéiens, ce serait au contraire consacrer la plus flagrante, la plus odieuse injustice.

Nous croyons donc que cette solution doit se restreindre au cas où, les choses étant au moment du litige ce qu'elles étaient au moment de l'achat, la difficulté ne s'agite que sur la différence du prix. L'offre que ferait le mandataire de rester personnellement chargé de cette

différence désintéresserait complètement le mandant et devrait le contraindre à accepter l'achat fait pour son compte.

Que si, au contraire, une baisse survenue depuis rend cet achat préjudiciable par la perte certaine que la revente occasionnera, il n'est pas juste que l'auteur de cet achat, en faute pour avoir excédé ses pouvoirs, puisse faire supporter à autrui les conséquences de ses procédés irréguliers. La justice d'ailleurs exige que celui qui devait seul profiter des bénéfices que l'opération pouvait offrir, en supporte seul la perte. C'est en ce sens que le décide Donneau, et cette décision est approuvée par M. Troplong.

Au reste, cette solution de principe peut être modifiée par les circonstances de fait. Si le mandataire a tenu son mandant au courant de l'opération; si, en l'instruisant de la difficulté de la remplir au prix convenu, il lui a fait connaître l'obligation de payer quelque chose en sus, sans que le mandant lui ait écrit de n'en rien faire; ou si, après avoir acheté à un plus haut prix, il en a instruit son mandant, sans que celui-ci ait réclamé, l'opération ne pourra plus être contestée plus tard. La ratification qui résulterait de ces circonstances créerait une fin de non-recevoir péremptoire contre toutes réclamations ultérieures.

On doit d'autant plus le décider ainsi, que, dans l'hypothèse d'une hausse dont nous parlions tout à l'heure, le mandataire ne pourrait plus s'appliquer personnellement l'opération, le mandant pourrait le forcer de lui en tenir compte, et les circonstances qui l'obligeraient envers le mandataire, obligeraient celui-ci envers lui.

Il y aurait donc cette juste et naturelle réciprocité excluant toute possibilité de fraude [1].

1220. — Au reste, le mandat impératif, quant au prix, détermine une limite au delà de laquelle le mandataire ne saurait aller. Mais il pourrait rester en deçà, il le devrait même si la détermination du prix était le résul-

* [1] Dans le cas où le mandataire a acheté pour un prix supérieur à celui que le mandant avait fixé, on discute depuis longtemps sur le point de savoir si le mandataire peut ou non obliger le mandant à accepter l'opération en lui faisant remise de la différence entre le prix fixé et le prix réel de l'achat. La négative est enseignée par plusieurs auteurs modernes, qui traitent la question à propos du commissionnaire et du commettant. (*Voy.* en ce sens, Bravard et Demangeat, *Des commissionnaires*, p. 239 et suiv.; P. Pont, I, n° 282; Boistel, n° 525). Nous avons adopté l'opinion contraire (*Du commis-voyageur*, n° 38), et décidé que le mandant peut être obligé à prendre pour son compte l'achat au prix fixé. Cette opinion nous a toujours paru la plus juridique et la plus équitable. Elle est aussi enseignée par MM. Pardessus, n° 572; Delamarre et Lepoitvin, II, n° 302; Lyon-Caen et Renault, n° 774. — C'était également l'opinion de Pothier (Mandat, n° 94).

Après avoir enseigné l'autre opinion, M. Bravard ajoute : « Voilà comment, selon moi, la question doit se résoudre en droit civil. Mais en droit commercial, je crois qu'on pourrait aller plus loin, et concilier de la sorte tous les principes et tous les intérêts : s'il apparaissait clairement aux yeux des juges que l'intermédiaire a cru agir au mieux des intérêts du commettant et qu'il a fait ce qu'il pouvait raisonnablement supposer que le commettant lui-même aurait fait s'il eût été présent, je crois que les juges n'excéderaient pas leurs pouvoirs en condamnant ce dernier à rembourser au commissionnaire la totalité du prix et à prendre l'affaire pour son compte, comme si le commissionnaire n'avait fait que suivre ses instructions. En effet, il y aurait là, sinon un contrat de mandat, du moins un quasi-contrat de *gestion d'affaires*, ou plutôt de *susception d'affaires*, lequel, d'après l'équité commerciale et les usages du commerce, est suffisant pour engendrer une action contre celui pour le compte duquel on a agi. » (*Loc. cit.*)

tat de l'ignorance ou de l'erreur, ou si, au moment de l'arrivée de l'ordre, elle n'était plus en rapport avec le cours de la place. Il suffirait donc au mandant de prouver que le mandataire a pu acheter meilleur marché ou vendre plus cher pour le faire condamner à lui tenir compte de l'avantage qu'il eût retiré dans l'un et l'autre cas.

Cette règle doit être sévèrement appliquée, car, par la nécessité même des choses, le mandant est obligé de suivre aveuglément la foi du mandataire. D'autre part, les variations commerciales sont souvent tellement brusques qu'un ordre expédié à de certaines distances n'est plus, à son arrivée, ce qu'il était à son départ, à savoir, dans une juste proportion avec la valeur réelle des choses. Son exécution littérale serait donc un abus d'autant plus odieux que le mandataire l'exploiterait à son bénéfice, ce qui est très facile dans le commerce. On sait, en effet, qu'il est peu de commissionnaires qui ne se livrent à des achats, soit dans la prévision de commissions futures, soit pour tenter des spéculations sur la chance de hausse ou de baisse. Ce qui se réaliserait dans cette circonstance, c'est que l'ordre arrivant, le commissionnaire le remplirait immédiatement, à l'aide de ses marchandises qu'il vendrait ainsi au-dessus du cours. Un pareil acte n'est pas seulement une indélicatesse, il constitue une véritable fraude, un abus de confiance incontestable, dont le mandant ne devrait pas être victime. Sur sa demande donc, et malgré les termes de son ordre, il ne devrait être tenu de rembourser que ce que les marchandises valaient réellement au moment où cet ordre a été exécuté.

L'abus que cette solution tend à prévenir serait fort voisin de celui dont la loi s'est préoccupée lorsqu'elle a

interdit aux agents de change et aux courtiers de faire pour leur compte personnel un commerce quelconque. Dépositaire des intentions des parties, ayant le dernier mot de chacune d'elles, le confident trouverait trop facilement l'intention de s'enrichir à leur détriment. Sans doute le commerce n'est pas interdit aux commissionnaires, ils peuvent acheter pour revendre ensuite et profiter de la hausse que le cours a naturellement amenée, mais là s'arrêtent leurs droits. La consécration de l'avantage qu'ils prétendraient s'arroger, en vendant plus cher que ce cours, ne serait qu'une immoralité, car cet avantage, ils ne le devraient qu'à une confiance dont ils abuseraient au détriment de celui qui ne devait trouver auprès d'eux qu'une protection efficace.

1221. — Il en serait de même du mandataire qui abuserait de l'erreur évidente dans laquelle serait tombé le mandant. Dans un pareil cas, la loyauté exige que l'erreur soit signalée, et surtout qu'on n'en abuse pas au préjudice de la confiance que le mandant témoigne. Celui qui agirait autrement commettrait une fraude punissable, obligeant à réparation. Un arrêt de la Cour de Paris, du 25 septembre 1812, nous offre une remarquable application de cette règle.

La dame Busch, de Pondichéry, venue à Paris, avait chargé un joaillier de la vente de plusieurs bijoux. Prête à s'embarquer à Marseille pour retourner à Pondichéry, elle lui adressa un collier de perles avec commission de le vendre, et, en en fixant le prix, elle écrivit 1,200 fr., au lieu de 12,000 fr. Peu de jours après, le joaillier lui répondit qu'il avait été assez heureux pour vendre son collier au prix indiqué de 1,200 fr. La dame Busch,

voyant la déloyauté de son mandataire, chargea une tierce personne de l'amener à de meilleurs sentiments, mais il se renferma dans le texte de son mandat, prétendant que, l'ayant rempli, on n'avait rien de plus à lui demander.

Traduit en justice, il fut établi qu'il n'avait réellement vendu que quelques perles, s'étant appliqué les autres pour monter plusieurs objets de son commerce.

Le jugement qui intervint le condamna à payer le prix du collier, fixé à 4,800 francs, attendu que, bijoutier exercé dans son état, il n'avait pu se méprendre sur la valeur des perles ; qu'il devait instruire la dame Busch de l'erreur évidente qu'elle avait commise, d'autant plus qu'à raison des relations antérieures qu'il avait eues avec elle, il était investi de sa confiance ; que, chargé de vendre un collier composé d'un certain nombre de perles, il n'a pas dû le décomposer et encore moins s'en appliquer une partie; en quoi il est mandataire infidèle.

Sur l'appel du joaillier, ce jugement fut confirmé par la Cour et devait nécessairement l'être. En droit et en fait, la conduite de ce joaillier était inexcusable. Elle aurait pu motiver une condamnation plus sévère.

C'est surtout dans l'hypothèse d'un mandat facultatif que les devoirs du mandataire sont plus étroitement, plus impérieusement imposés. Il y a, en effet, de la part du mandant, une confiance tellement absolue, un abandon tellement entier, que la moindre infraction revêt le caractère du plus odieux abus.

1222. — La seconde obligation principale du mandataire est celle d'administrer en bon père de famille.

Cette obligation s'induit naturellement de la règle con-

sacrée par l'art. 1992, suivant laquelle le mandataire répond non seulement de son dol, mais encore de sa faute. Nous n'avons nullement à nous jeter dans l'examen théorique des fautes, tout ce que nous devons rappeler, c'est que, de l'avis de tous, le mandataire répond de sa faute, même légère. On a été même plus loin, on a voulu lui infliger la responsabilité de la faute très légère, mais cette doctrine a trouvé des contradicteurs, elle est combattue par M. Troplong notamment. Nous ne croyons pas à l'utilité d'approfondir cette difficulté dans une matière où l'arbitrage souverain du juge est *l'ultima ratio* de la solution, et où l'existence certaine d'un préjudice semble, par elle seule, amener la nécessité d'une réparation.

1223. — Au premier plan des fautes reprochables au mandataire, se place incontestablement l'infidélité dont il se serait rendu coupable dans l'exécution du mandat. Cette faute est plus qu'une fraude, elle constitue un délit que les art. 407 et 408 du Code pénal punissent d'un emprisonnement et d'une amende.

Il y a, entre l'abus du blanc seing et le détournement matériel, cette différence essentielle que le premier est punissable, quel que soit le caractère du mandat, tandis que le second ne devient réellement un délit que s'il a été commis par un mandataire salarié [1]. Mais dans tous les cas, l'un et l'autre donnent incontestablement ouverture à l'action civile en réparation du préjudice qui en est résulté. La poursuite et les effets de cette action se régi-

[1] Cass., 20 mai 1814; — Sirey, 14, I, 149.

raient par les principes que nous avons exposés en matière d'escroqueries [1].

1224. — On est mandataire infidèle non seulement lorsqu'on détourne une partie quelconque des deniers ou valeurs confiés, mais encore lorsqu'on applique à son propre usage les fonds perçus en cette qualité. Aux termes de l'art. 1996, ce dernier abus oblige le mandataire à payer l'intérêt des fonds, à dater du jour de l'emploi [2].

Mais cet article n'a rien de limitatif et ne fait nul obstacle à ce que le mandataire soit condamné à la réparation intégrale du préjudice qu'il a occasionné. Or, plusieurs hypothèses peuvent s'offrir; dans lesquelles l'usage fait par le mandataire des fonds provenant du mandat en aura déterminé un tel, que le paiement des intérêts serait loin de le couvrir.

Ainsi, débiteur d'une somme envers Pierre, je remets cette somme à Paul, avec mandat d'éteindre ma dette. Au lieu de réaliser ce paiement, Paul applique à son usage personnel les fonds qui étaient destinés à en faire l'aliment. Cependant Pierre, non payé de ce qui lui est dû, dirige contre moi des poursuites, et je me vois obligé de payer moi-même non seulement le capital et les intérêts, mais encore des frais plus ou moins considérables.

En cet état, se borner à condamner Paul à me rembouser le capital avec les intérêts, ne serait évidemment pas une indemnité suffisante pour le préjudice que sa mauvaise foi m'a fait éprouver. La justice exige donc qu'en pareilles

[1] V. *suprà*, nos 18 et 19.

[2] *Voy.* Civ. rej. 19 décembre 1853, Sir., 54, I, 701.

circonstances une allocation de dommages-intérêts complète la satisfaction qui m'est due [1].

Ainsi encore, sachant que mon mandataire a touché des fonds m'appartenant, je contracte de mon côté des engagements auxquels j'espère faire face au moyen de ces fonds. Mais il se trouve que ces fonds ont été employés à l'usage personnel du mandataire, et que son impuissance à me les rembourser me place dans l'impossibilité de faire face à mes engagements dont on fait prononcer la résiliation. Il ne serait pas juste que, dans une pareille hypothèse, on me privât du droit de demander contre mon mandataire des dommages-intérêts dont la liquidation devrait comprendre non seulement les frais que j'ai subis, mais encore l'indemnité du gain que la résiliation m'a fait perdre.

Vainement le mandataire voudrait-il se prévaloir de la disposition de l'art. 1153. En réalité, son obligation n'a jamais été celle de payer une somme quelconque, le droit du mandant ne peut donc être régi par les principes concernant cette obligation. Tenu d'exécuter fidèlement son mandat, le mandataire est soumis à une obligation de faire, dont l'inexécution entraîne la nécessité d'un dédommagement, dans les limites tracées par l'art. 1149.

1225. — Le mandataire civil ou commercial doit mettre la plus active diligence dans l'exécution de la mission qui lui est confiée. Toute infraction à ce devoir constituerait une faute grave obligeant sa responsabilité.

Ainsi il doit, dès qu'il a accepté, entreprendre l'opéra-

[1] Duranton, XVIII, 246.

tion confiée en ses mains. En commerce, surtout, le temps est précieux, car le moindre retard, pouvant voir se réaliser une variation sensible dans le cours des marchandises est dans le cas de rendre l'achat plus onéreux ou la vente moins lucrative. Tout délai dans l'exécution, non justifié, peut donc causer un préjudice que le mandataire serait condamné à réparer.

1226. — Un des devoirs les plus pressants du mandataire est d'informer son mandant de la marche de l'opération, des variations survenant dans les cours, des obstacles qui s'opposent à l'accomplissement de sa mission, enfin des chances plus ou moins favorables qu'il est permis d'entrevoir : *Mercator tenetur prius correspondentem advertere de eo quod inopinate evenit, vel de impedimento ex cujus causa nequit mandatum exsequi in forma præscripta, atque expectare ulteriora mandata*[1].

C'est qu'en effet une affaire commerciale est de nature à subir des phases diverses, pouvant dans bien des cas modifier les intentions du mandant, et même le faire changer d'avis. Il faut donc qu'il puisse, avec le plus de certitude possible, examiner ce qui lui convient; et comment le pourrait-il, si son mandataire s'abstient de toute communication? Un pareil silence, tendant à substituer l'appréciation du mandataire à celle du mandant, constituerait une violation du mandat et pourrait autoriser le dernier à laisser l'opération pour compte du premier.

Ce n'est pas seulement pendant le cours de l'opération que le mandataire doit ses conseils et ses avis, c'est sur-

[1] Casaregis, *Disc.* 125, n° 22.

tout à l'origine et au moment de la réception de l'ordre qu'il est tenu de fournir les uns et les autres. Connaissant la place où doit se traiter l'opération, il peut juger de l'opportunité de l'ordre, de sa juste relation avec les prix du jour, en apprécier même les conséquences plus ou moins probables. Si, contre l'évidence, il se prêtait à l'exécution d'un mandat onéreux pour son auteur, il serait tenu du préjudice qu'il aurait volontairement occasionné.

1227. — Nous n'avons pas la prétention d'énumérer une à une les nombreuses fraudes que le mandataire peut commettre. Nous les résumons dans l'obligation qui lui est imposée d'administrer en bon père de famille. En conséquence, tout ce qui s'écarte des soins, du zèle, de la vigilance qu'on rencontre dans celui-ci, est une faute grave engageant sa responsabilité.

Ajoutons que la gestion des affaires d'autrui exige, de la part de celui qui en est chargé, une circonspection et une retenue qu'on n'est pas obligé d'apporter à ses propres affaires. Les spéculations, les hasards qu'on peut entreprendre et braver dans ce qui nous concerne, on ne peut s'y livrer pour le compte d'autrui, à moins d'ordres exprès et formels. Celui qui agirait sans attendre ces ordres, s'exposerait à garder pour son propre compte les chances fâcheuses que l'opération subirait.

Enfin il en est des commissionnaires commerciaux comme des notaires, des avoués, etc. Ils promettent à leurs commettants *peritiam et industriam*. Il y a, ajoute M. Troplong, dans la pratique de la commission, une expérience de la qualité et du cours de la marchandise, une connaissance des bonnes maisons, une habileté à

traiter les affaires qui font le commissionnaire intelligent et donnent au commettant toute sécurité [1].

Celui-là donc qui prend la qualité de commissionnaire, annonce, par cela seul, posséder cette expérience de la marchandise et du cours, cette connaissance des bonnes maisons et cette habileté à traiter les affaires qu'on recherche dans celui qu'on se substitue. Conséquemment aussi, si, au lieu de ces qualités, on ne rencontre qu'ignorance et impéritie, comment ne serait-on pas en droit de se faire indemniser du préjudice qu'entraîne l'une ou l'autre [2] ?

1228. — Or il y aurait impéritie rare si, chargé d'une opération, le commissionnaire allait l'annoncer publiquement, afficher le nom de son commettant et trahir ainsi le secret de ses affaires. On l'a dit bien souvent, le secret est l'âme du commerce, et sa divulgation a été de tout temps considérée comme une faute grave : *Perchè tra mercadanti, si uza questa prudenza, di tenere oculti et segretti i loro negoçi, et di suoi corrispondenti* [3]. C'est pourquoi, observe Ansaldus, le correspondant achète en son propre et privé nom, quoique achetant réellement pour le compte d'autrui : *Inter mercatores admittitur de stylo, quod licet mandatarius emat ad favorem alterius,*

[1] Art. 1992, nº 405.

* [2] Le commissionnaire doit, lorsqu'il exécute les ordres du commettant, agir comme le fait habituellement un commerçant soigneux. Ainsi, il a été jugé qu'un commissionnaire acheteur est responsable envers son commettant à raison des vices cachés des marchandises, si ces vices pouvaient être découverts au moyen d'une vérification faite avec soin. Rouen, 28 avril 1858, D. 59, I, 133.

[3] Casaregis, *Disc.*, 58, nº 14.

in emptione tamen id non soleat exprimere, sed emat nomine proprio[1].

1229. — Il y aurait impéritie à accepter comme bonne une marchandise de qualité inférieure ou mauvaise. La réception qu'en aurait faite le mandant ne créerait aucun obstacle à ce qu'il pût ultérieurement s'en plaindre, et à ce qu'il la laissât pour compte du commissionnaire. Cette solution suppose un mandat facultatif. En effet, lorsque l'ordre est impératif, quant à la qualité, celui qui l'a donné doit, avant de recevoir, s'assurer si l'ordre a été rempli comme il entendait qu'il le fût. La réception qu'il ferait d'une marchandise non conforme constituerait une ratification expresse de l'opération.

1230. — Il y aurait encore impéritie et faute grave, si le mandataire avait vendu à des acheteurs notoirement insolvables. C'est ce caractère de notoriété qui est seul constitutif de la fraude. La solvabilité commerciale n'est pas toujours une vérité, et l'apparence l'emporte souvent sur la réalité. Il ne saurait donc y avoir matière à reproche si, guidé par cette apparence et partageant l'erreur générale et commune, le mandataire avait vendu à des personnes qu'il devait croire solvables, malgré qu'elles ne le fussent pas. Sa faute commence lorsque le crédit de la maison avec laquelle il traitait à terme, notoirement ébranlé, devait lui inspirer des justes craintes pour l'avenir. A plus forte raison, ne pourrait-il être recherché si l'insolvabilité de l'acheteur n'est survenue que postérieurement à la vente.

[1] Ansaldus, *De Ansaldis bisc.*, 40, n° 32.

1231. — La substitution que le mandataire ferait de ses pouvoirs, sans y être autorisé, constituerait une faute grave [1]. Les conséquences seraient pour lui la nécessité et l'obligation de répondre des faits de celui qu'il s'est irrégulièrement substitué. Il en serait de même si, autorisé à déléguer ses pouvoirs, il les avait remis à un homme insolvable ou immoral, à moins que ce choix ne lui eût été nominalement imposé par le mandant.

Toutefois, la responsabilité d'une substitution non autorisée reçoit exception, lorsque, par une circonstance imprévue, le mandataire, empêché d'agir dans un moment où l'affaire ne pouvait plus être arrêtée ou suspendue, charge quelqu'un de faire ce qu'il ferait lui-même, s'il le pouvait. Dans une pareille circonstance, la substitution est tout entière dans l'intérêt du mandant ; elle est dans l'esprit, sinon dans la lettre du contrat. On ne saurait, en effet, admettre que l'intention du mandant n'a pas été de l'autoriser dans une position aussi critique pour ses intérêts.

Il suffirait donc que l'empêchement et l'urgence existant, le mandataire eût momentanément confié la direction de l'affaire à un homme d'une solvabilité certaine, d'une moralité irréprochable, pour que sa responsabilité fût complètement dégagée, alors même que men-

*[1] Le mandataire est-il, en général, autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat ? M. Troplong soutient la négative (*Mandat.* n° 246). Cette doctrine, qui paraît être aussi celle de M. Bédarride, est fortement combattue par MM. Aubry et Rau. (*Voy.* vol. IV, § 413, note 14, p. 645, et suiv.) Cette dernière opinion nous semble préférable. Elle résulte de la discussion au Conseil d'État sur l'art. 1994. (*voy.* Locré, *Législ,* XV, p. 223, n° 7). — *Voy.* cependant, Laurent, XXVI, n° 482 et suiv.

tant à ses antécédents, le mandataire substitué eût abusé de la confiance qui lui a été témoignée. Cette solution, admise par l'école italienne, a été consacrée par la doctrine française [1].

1232. — A côté de la responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant, existe celle qu'il peut assumer à l'égard des tiers. Mais cette dernière, résultant ordinairement des termes dans lesquels l'engagement a été pris, sort de notre matière. Il est une seule hypothèse où elle peut provenir de la faute, à savoir, lorsque le mandataire a excédé les limites de son mandat.

Il faut donc, pour quelle se réalise, que le mandataire ait agi en cette qualité, et pour compte du mandant; qu'il n'ait pas donné connaissance suffisante de ses pouvoirs; qu'il les ait excédé : à ces conditions, et, quels que soient les termes de l'engagement, le mandataire a engagé sa responsabilité et répond personnellement des obligations contractées en dehors de ses pouvoirs.

1233. — La troisième obligation imposée au mandataire est celle de rendre compte.

Cette obligation n'étant que la conséquence de la qualité de comptable, est régie par les principes généraux applicables aux redditions de compte. Le mandataire est soumis aux mêmes devoirs que tout autre comptable : devoirs que nous avons retracés notamment en traitan de l'associé gérant. Nous n'avons donc à rappeler ici que quelques règles spéciales au mandat.

[1] Delamarre et Lepoitvin, tom. II, nos 56 et suiv. ; — Troplong, art. 1994, no 672.

La première est celle tracée par l'art. 1993 du C. civ., à savoir : que le mandataire est tenu de faire raison de tout ce qu'il a reçu à l'occasion du mandat, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant [1].

Ces expressions comprennent tout ce qui a été produit directement ou indirectement par le mandat. Cette règle est puisée dans le droit romain : *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere opportet, debere eum præstare quantumcumque emolumentum sensit* [2]. La raison commandait ce résultat, tout ce qui est produit par la chose confiée à titre de mandat augmente naturellement cette chose et appartient dès lors à son propriétaire. Le mandataire ne peut réclamer que le salaire convenu, tout ce qu'il retiendrait au delà, il le garderait sans droit ni titre. La dissimulation qu'il en ferait constituerait une infidélité engageant profondément sa responsabilité.

1234. — L'obligation de tout restituer s'applique même aux profits illégitimes que le mandataire se serait procurés, par exemple, aux intérêts usuraires qu'il aurait perçus. Cette doctrine, professée par nos anciens jurisconsultes et notamment par le président Favre, doit, de l'avis de M. Troplong, être suivie sous l'empire du Code [3].

Cependant son application doit se restreindre au cas où le profit illicite a été perçu dans le développement

* [1] Mais cette règle n'est pas applicable au cas où, par suite d'une erreur matérielle commise dans la numération des espèces par le débiteur, le mandataire aurait reçu une somme supérieure à celle qu'il était chargé de toucher. Req. 10 juin 1868, Sir., 68, I, 432.

[2] L. 10 § 3 et L. 20 Dig. *mandati*.

[3] Art. 1993, nos 422 et suiv.

naturel du mandat. Ainsi, lorsque celui-ci a consisté dans la remise d'une somme d'argent pour la faire valoir pour le compte du mandant, quel qu'en ait été l'emploi, il est censé fait dans l'intérêt de celui-ci et doit conséquemment lui profiter intégralement et exclusivement.

Si le mandat n'assignait aucune destination aux fonds, l'emploi que le mandataire en fait n'est qu'un abus, et le mandant n'est pas autorisé à en revendiquer le bénéfice. Contrairement à ses devoirs, le mandataire a illégalement appliqué à son usage personnel les fonds qu'il devait tenir à la disposition du mandant. Or, les conséquences de cette fraude ayant été prévues par l'art. 1996, ce dernier ne saurait exiger que l'intérêt légal de ces sommes et, suivant les cas, des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice qu'il a éprouvé.

Ainsi, tous les profits réalisés, à l'occasion et par l'exécution du mandat, appartiennent exclusivement au mandant et doivent lui être remboursés; ceux provenant de l'abus ne sont pas restituables, sauf la responsabilité que cet abus fait peser sur le mandataire.

1235. — Ce dernier ne peut de plus rien retenir au delà du salaire convenu pour ses peines et soins, vainement voudrait-il s'étayer de prétendus usages pour se faire allouer quelque chose en sus. Un arrêt de la Cour de Lyon, du 23 août 1841 [1], a fait bonne justice de prétentions de ce genre. Il paraît que, sur cette place importante, les commissionnaires avaient pris l'habitude de coter les prix d'achat à leurs commettants plus cher qu'ils ne les avaient payés eux-mêmes, par cette manière, ils joi-

[1] D. P., 33, 2, 69.

gnaient à leurs droits de commission le bénéfice résultant de la différence dans les prix. Actionné en restitution de cette différence, un de ces commissionnaires voulait justifier son refus par l'usage qu'il soutenait être conforme à ses prétentions. Mais l'usage, répondit l'arrêt, ne peut, dans aucun cas, légitimer une fraude trop coupable pour que la justice ne s'empresse pas de la frapper de toute sa réprobation.

Aux termes de l'art. 1996, le reliquat du compte porte intérêt du jour de la mise en demeure [1].

1236. — Les obligations du mandant se réfèrent aux droits du mandataire, à ceux des tiers ayant traité avec ce dernier.

A l'endroit du mandataire, il est juste que le mandat ne puisse jamais devenir pour lui une occasion de perte.

Cette règle d'équité explique la disposition des articles 2000 et suivants du Code civil.

L'obligation d'indemniser le mandataire est indépendante de l'issue de l'opération. Celui-ci n'a, dans aucun cas, garanti le succès de sa mission; ce à quoi il s'est engagé, ça été de consacrer tous ses efforts, tous ses soins à le déterminer; que s'il échoue, et qu'on n'ait à lui reprocher ni imprudence, ni négligence, ni faute, il a rempli la

[1] Le mandataire qui ne paie pas le reliquat de son compte, après qu'il a été mis en demeure, doit être présumé avoir employé à son usage personnel les sommes appartenant au mandant. — Duranton, XVIII, 248. — Mais la mise en demeure ne résulterait pas d'une simple demande en reddition de compte qui n'aurait pas été accompagnée de conclusions tendant au paiement des intérêts du reliquat. Req. 20 avril 1863, Sir., 63, I, 416.

tâche qui lui était confiée et l'obligation de le rendre indemne ne saurait être récusée.

La loi veut de plus que les avances qu'il a faites, dans l'intérêt du mandant, produisent intérêt du jour où elles sont régulièrement constatées. Personne ne doit et ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, telle serait la position du mandant si, profitant des avances faites par le mandataire, il était dispensé de lui payer les intérêts qu'il aurait infailliblement supportés en faveur de tout autre prêteur. Il ne serait pas juste, d'autre part, que le mandataire fût privé, par l'effet du mandat, du revenu qu'il aurait retiré de ses fonds, s'il les eût appliqués à ses propres affaires.

Enfin, lorsque le mandataire a fidèlement rempli sa mission, on ne peut pas réduire le montant de ses avances et frais, sous prétexte qu'ils auraient pu être moindres. Chacun doit subir les conséquences de l'administration à laquelle il a spontanément recouru. Il suffit donc que les avances et frais soient certains pour que le mandant soit tenu de les solder intégralement, sauf l'hypothèse d'une exagération évidente et frauduleuse [1].

Outre les avances et les frais, le mandant doit payer le salaire convenu, la gratuité du mandat n'existant qu'à défaut d'engagement contraire, et cet engagement étant toujours présumé en matière commerciale.

[1] Les tribunaux sont autorisés à réduire le salaire stipulé à forfait et d'avance avec un agent d'affaires comme rémunération des soins qu'il devra donner à une instance judiciaire et au recouvrement de sommes dont le client prétend être créancier, si, à raison de circonstances ultérieures, et notamment d'une transaction conclue par le mandant sans le concours du mandataire, les soins et démarches de ce dernier se sont amoindris. Civ. rej. 9 mai 1866, Sir., 66, I, 273.

Ici encore la fraude fait exception à la règle. Si elle a seule déterminé le mandat, la nullité de celui-ci lui enlèverait tout effet possible et atteindrait naturellement la clause qui en aurait fixé le salaire.

Cette nullité prononcée et acquise, le mandant non seulement n'aurait rien à payer, mais serait de plus autorisé à exiger le remboursement de tout ce qui l'aurait été à ce titre; c'est ce que la Cour de Limoges consacrait expressément le 16 juin 1836.

A l'appui du pourvoi dont la décision avait été l'objet, on soutenait qu'elle violait l'art. 1926 C. Nap. L'annulation du mandat, disait-on, ne pouvait ni ne devait empêcher qu'on ne leur dut le salaire des peines qu'ils avaient prises pour faire réussir le mandat qu'ils avaient mené à bonne fin, salaire qui leur était acquis au moins comme, *negotiorum gestores*.

Mais par arrêt du 7 août 1837, la Cour suprême rejette le pourvoi, attendu que les procurations étant annulées, la convention d'un salaire tombe avec les actes qui la renfermaient, et qu'il ne reste plus à l'égard des prétendus mandataires que le fait de s'être immiscés dans les affaires d'autrui, fait déclaré frauduleux et accompli, non dans l'intérêt des mandants, mais pour le profit personnel des mandataires, ce qui exclut absolument toute idée de salaire et d'honoraire [1].

Gérer volontairement et sans ordre les affaires d'autrui est un acte purement gracieux et par conséquent essentiellement gratuit, on ne saurait le concilier avec l'idée d'un salaire qui n'est dû que s'il est expressément stipulé. Tout ce que le gesteur peut réclamer raisonna-

[1] J. du P., 2, 1837, 374.

blement c'est le remboursement de ses déboursés, et c'est ce que la Cour de Limoges accordait.

A plus forte raison doit-il en être ainsi, lorsque le mandat ayant été frauduleusement obtenu, le gesteur n'a réellement agi que dans son intérêt propre et personnel.

1237. — Relativement aux tiers, le mandant est obligé d'exécuter les engagements contractés par le mandataire. Ce principe n'a jamais fait ni pu faire l'objet d'un doute, *qui mandat ipse fecisse videtur*. Mais, pour que cette règle puisse être invoquée par les tiers, il faut que le mandataire ait contracté en sa qualité et pour compte du mandant ; qu'il ait agi dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.

1238. — La première condition se réalise assez ordinairement dans les affaires civiles, sauf quelques rares exceptions, le mandataire n'est pas même autorisé à agir en son nom. Pareille chose peut également être remarquée en matière commerciale, où cependant, le plus souvent, le mandataire agit en son propre et privé nom. C'est notamment ce qui est de droit commun pour les affaires traitées par le ministère des commis-voyageurs [1].

1239. — Cependant les traités ainsi souscrits sont de nature à donner naissance à la fraude. Il n'est pas rare, en effet, de voir une maison de commerce prétendre que son commis-voyageur n'a la faculté de l'engager que sauf ratification de sa part. Cette ratification qu'elle donne, en cas de stagnation ou de baisse de l'article, elle prétend

[1] *Voy.* notre travail intitulé : *Du commis-voyageur*, chap. 3, n° 94.

la refuser dans le cas de hausse survenue depuis le traité et avant son exécution. Ainsi, l'acheteur seul serait lié, sans qu'il pût revendiquer aucune réciprocité de la part du vendeur.

Cette difficulté que nous signalons est d'autant plus grave que sa solution partage la jurisprudence. Ainsi, la Cour de Paris a jugé, le 2 janvier 1828, que le commis-voyageur d'un négociant est, par ce seul titre, revêtu aux yeux des tiers d'un mandat général d'agir au nom de son commettant : que celui-ci ne peut donc se refuser à exécuter les ventes faites par le commis-voyageur, alors même que le mandat de celui-ci se trouverait restreint par des conventions particulières [1].

Mais le contraire résulte d'un arrêt de la Cour de Montpellier, du 27 décembre 1826, jugeant que les commissions données à un commis-voyageur, et acceptées par lui au nom de sa maison, ne sont réputées que de simples commandes ou propositions de vente, si ce commis-voyageur n'a un pouvoir exprès de lier définitivement la maison qui l'envoie [2].

Cette divergence est regrettable, car elle laisse indécise une question que l'intérêt général du commerce voudrait voir résoudre en termes simples et nets. Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous ranger au premier système, qui nous paraît plus rationnel et prêter beaucoup moins à la fraude que nous venons de signaler ; à notre avis donc,

[1] D. P. 28. 2. 2 ; — v. Metz, 4 juin 1825 ; — Paris, 8 novembre 1836 ; — Douai, 29 août 1844 ; — Rouen, 7 janvier 1845 : — J. D. P., t. I, 1845, p. 27 et t. II, p. 329.

[2] D. P. 27, 2, 198 ; — v. cass., 19 décembre 1821 ; — Rennes, 8 juillet 1839 ; — Montpellier, 24 décembre 1841 ; — J. D. Pt. II, 1839, p. 509, t. II, 1842, p. 762.

le commis-voyageur est, par ce seul titre, le mandataire légal de celui qui l'accrédite, et qu'il a dès lors la faculté d'engager, à moins qu'une publicité formelle, ou que la correspondance directement adressée aux commerçants, que le commis visitera, n'ait fixé en sens contraire les pouvoirs qui lui sont confiés.

Les circonstances de fait, la position de la maison, la nature de son commerce, seront des éléments utiles à consulter pour la solution de notre difficulté. Ainsi le mandat de vendre sera plus facilement présumé lorsque le commis-voyageur représentera un fabricant, un producteur cherchant à écouler ses produits, ainsi qu'il le pratique habituellement.

Il pourrait en être autrement pour le commis-voyageur attaché à une maison de commission. Mais comme les commissionnaires ont très souvent des marchandises leur appartenant, le commis-voyageur, député pour prendre des commissions, l'est également pour la vente de ces marchandises. Dans cette hypothèse, le sort du litige devrait tenir à la nature du contrat souscrit par le commis-voyageur et la qualification donnée à l'opération, la correspondance pourrait également être consultée avec fruit.

Que si l'engagement pris par le voyageur porte *vendu à tel...* et non *commis par tel*, le contrat sera une vente et non une commission. Vainement la maison prétendra-t-elle qu'elle n'avait pas donné mission de vendre, la présomption est que le commis-voyageur exécute littéralement son mandat. D'ailleurs, l'abus qu'il ferait de ses pouvoirs serait imputable au commettant, ayant dans tous les cas le tort d'avoir investi de sa confiance une personne qui n'en était pas digne. Il serait donc juste de

lui en laisser la responsabilité, à moins qu'il ne prouvât que le tiers a connu le véritable caractère du mandat et s'est associé à sa violation.

En droit commun, la connaissance du mandat est présumée chez celui qui traite avec un mandataire, mais les usages du commerce et la foi qui s'attache ordinairement aux commis-voyageurs motivent justement une dérogation à cette règle. D'ailleurs, les pouvoirs de ces commis résultent plus souvent de la notoriété publique, de la remise des cartes et échantillons, que du mandat écrit et formel. Aussi n'est-on pas habitué dans le commerce à se faire exhiber les pouvoirs des commis-voyageurs [1].

1240. — Le plus ordinairement, les mandataires commerciaux agissent en leur propre et privé nom. C'est là, avons-nous dit, une conséquence de l'avantage que trouve le commerçant à dérober à ses concurrents la connaissance des places sur lesquelles il opère. De là cette double règle :

1° Le mandant n'ayant aucune action contre les tiers, ne peut être actionné par eux ;

2° Le commissionnaire n'est, dans aucun cas, tenu de divulguer le nom de son commettant.

1241. — La première règle reçoit exception : 1° lorsque le mandataire est déclaré, par une disposition expresse de la loi, la personnification du mandant. De telle sorte que l'emploi de la qualité à laquelle cet effet se rattache suffit pour rendre ce dernier personnellement tenu. Ainsi le capitaine de navire est le représentant naturel et légal

[1] *Voy.* notre travail intitulé : *Du commis-voyageur*, chap. 3, n° 95 et suiv.

de l'armateur. Conséquemment celui qui traite avec lui, quoiqu'en son propre et privé nom, traite réellement avec l'armateur lui-même qu'il a pour obligé, malgré qu'il ne le connaisse pas même de nom.

Cette exception doit être renfermée dans de justes limites, on ne l'admetra donc que dans le cas où l'engagement du capitaine se réfère à la navigation du navire dont la direction lui est confiée ; tout ce qu'il ferait en dehors de cet intérêt serait étranger à son armateur, qu'on ne pourrait dès lors rechercher sous aucun prétexte.

1242. — 2° Lorsque, de notoriété publique, l'affaire se traite pour le compte d'un mandant parfaitement connu et au crédit duquel les tiers ont fait exclusivement confiance.

Cette exception est susceptible d'acquérir une grande importance dans les pays de production et relativement aux commerçants de la localité. Ainsi, chaque maison de commerce a dans les villages environnants des personnes habituellement chargées d'acheter pour son compte les vins, les huiles, les amandes, les laines, les soies, en un mot les diverses productions du pays. Ces personnes, quoique traitant en leur nom personnel, sont cependant notoirement connues comme les fondés de pouvoirs de la maison qui les prépose, c'est à cette maison que les vendeurs font foi, car assez habituellement encore les mandataires n'offrent aucune solvabilité réelle, eu égard à l'importance des achats qu'ils réalisent.

Admettre en cet état que la maison, pour compte de laquelle se font ces achats, est à l'abri de tous recours de la part des vendeurs, ce serait s'exposer à consacrer la plus abominable de toutes les fraudes, la plus odieuse

spéculation. En effet, par une collusion facile entre le commettant et le commissionnaire, le premier profiterait des marchandises qu'il paraîtrait avoir payées à celui-ci, contre lequel les vendeurs seraient réduits à se pourvoir. Recours illusoire pour eux, peu onéreux pour le commissionnaire qui trouverait dans son insolvabilité le moyen d'en éluder les effets.

Il est impossible que le législateur ait pu jamais vouloir consacrer un pareil résultat, ni permettre que la faculté pour le commissionnaire d'agir en son nom, introduite dans l'intérêt du commerce, fût susceptible de masquer une fraude aussi déloyale.

1243. — C'est la pensée de Pothier, qui n'hésite pas dès lors à résoudre la difficulté dans le sens seul équitable. Le mandataire, dit-il, est obligé principal, puisqu'il a donné son nom, mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paraît que le contrat s'est fait. Le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire, et de cette obligation accessoire du mandant naît une action qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont, contre le mandant, ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant : *Si quis pecuniæ fœnerandæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus propositus est, ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligavitur*[1].

L'opinion contraire est enseignée par MM. Delamarre et Lepoitvin : ou le commerçant qui agit pour autrui, disent-ils, fait connaître son mandat à l'autre contractant,

[1] Du *Mandat*, n° 88.

et alors il ne s'oblige pas, celui-là seul est obligé au nom duquel il contracte ; ou il traite en son propre nom sans exprimer son mandat, sans agir *nomine alterius*, et, dans ce cas, lui seul est obligé, nullement celui pour lequel il a entendu réellement contracter et dont il a reçu mandat[2].

Telle est en effet la doctrine de deux maîtres célèbres, Ansaldus et Casaregis, invoqués par nos auteurs. Telle est, ajouterons-nous, la règle ordinaire devant régir le plus usuellement les opérations commerciales. Mais est-ce à dire que cette règle soit tellement inflexible qu'elle ne comporte aucune exception ? Elle serait, si cela était, l'unique en son genre.

Quant à nous, nous n'hésitons pas à tenir que, comme les autres, la règle est ici susceptible d'une exception. Cette exception est naturellement indiquée par l'exacte appréciation des bases sur lesquelles se fonde la règle.

Ces bases sont : d'une part, la solvabilité du commissionnaire ; de l'autre, le secret que le commettant a voulu garder. Celui qui traite avec un commerçant solvable ne peut et ne doit supposer personne derrière celui avec qui il contracte. Il n'a compté et pu compter pour son payement que sur l'efficacité de la promesse personnelle qui lui en est faite ; il n'aurait certainement pas traité, s'il eût considéré cette promesse comme insuffisante. On ne lui fait donc aucun grief en lui refusant un cautionnement qu'il n'a pas même exigé. Pourrait-il d'ailleurs raisonnablement prétendre avoir compté sur la solvabilité du mandant demeuré dans le secret le plus absolu, et qu'aucun indice ne désignait ni directement, ni indirectement.

[2] T. II, p. 504, n° 267.

Peut-on en dire autant de celui qui traite avec une personne notoirement en-dessous de la solvabilité qu'exigerait l'importance de l'opération ? Mais un négociant qui agirait ainsi, le propriétaire qui userait d'une telle confiance seraient des insensés qu'il serait urgent de faire interdire dans leur propre intérêt.

Un fait aussi anormal suppose donc qu'on a su qu'à côté de l'acheteur et derrière lui, existait quelqu'un dont la solvabilité certaine commandait cette confiance qu'on lui a indirectement faite. Il n'est donc plus possible de dire avec Casaregis : *Quia apparet mercatorem personam tantum contrahentis, in suo contractu contemplasse, nullumque ad personam mandantis respectum habuisse.* Ainsi s'efface cette première et essentielle base de la règle invoquée.

Lorsqu'à ce premier fait, vient se joindre cette autre circonstance, à savoir; l'existence notoire et certaine d'un mandat en faveur de celui qui a contracté ; lorsque l'auteur de ce mandat est publiquement nommé ; lorsqu'enfin lui-même a concouru à former cette notoriété soit en transmettant publiquement des ordres à son mandataire, soit en le désignant comme tel, soit en faisant enlever lui-même la marchandise achetée par lui, est-ce qu'on pourra seulement hésiter ? Qu'importe que le mandataire ait traité en son nom personnel, n'est-il pas évident que c'est avec le mandataire de la maison désignée qu'on a entendu contracter, qu'on a réellement contracté ? Il serait donc absurbe de vouloir, en cet état, appliquer une règle qui n'a plus de fondements et qui devient dès lors raisonnablement, équitablement inapplicable.

M. Troplong, en traitant notre question, rappelle ce qu'il a dit en matière de société, à savoir : lorsqu'un

associé contracte seul, en son propre et privé nom, il n'oblige que lui ; les tiers qui ont suivi sa foi n'ont pas d'action contre la société, et cela quand même celle-ci aurait profité du contrat. Mais lorsque la société n existe que de fait, que cette existence est notoire, et qu'il est reconnu que les tiers en ont suivi la foi, il importe peu que la société n'ait pas été formellement nommée dans les actes passés avec le tiers, les circonstances de fait la font considérer comme obligée.

Pourquoi en serait-il autrement dans notre hypothèse, se demande le profond magistrat, l'habile jurisconsulte? Le mandataire est comme l'associé, il n'oblige son mandant envers les tiers que lorsqu'il a prîs la qualité de son mandataire. Mais pour que cette qualité lui soit imprimée dans ses rapports avec les tiers, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le judaïsme n'est pas plus de mise ici que dans la société. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine publicité de position que les tribunaux doivent apprécier avec équité [1].

M. Troplong approuve conséquemment les arrêts de la Cour de Rennes, que MM. Delamarre et Lepoitvin frappent de réprobation. Il les corrobore par un arrêt de la Cour de cassation, du 20 août 1844, rendu à son rapport.

1244. — En définitive, la question doit se résoudre sous l'empire de la règle tracée par Ansaldus : *Ea semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu, contractus reperitur celebratus* [2]. Cette personne est de plein droit celle du mandant, dans le cas où le contrat est fait

[1] Art. 1997, nos 540 et suiv.
[2] *Disc.* 12, no 7.

sous son nom et pour son compte; c'est celle du mandataire, lorsque c'est sous nom propre et privé qu'il a agi. Mais, dans ce dernier cas, le mandant, peut également se trouver obligé, si les circonstances établissent que, notoirement connu, le crédit dont il jouissait a été la cause déterminante du contrat. Il faut dire avec M. Troplong que, s'il en était autrement, la fraude s'emparerait de ce moyen de droit pour tromper les tiers, on mettrait les mots au-dessus des choses, les apparences concertées au-dessus de la réalité.

1245. — A son tour, le principe que le mandataire n'est pas tenu de faire connaître son mandant, reçoit exception en matière d'assurances, les fondements de cette exception résident dans la nature même de ce contrat.

L'assurance ne peut exister sans un risque certain et déterminé. Elle ne peut jamais devenir l'objet d'un jeu sur les chances de la navigation.

D'autre part, il n'est peut-être pas de contrat qui exige plus l'emploi d'un intermédiaire, l'assurance se faisant à des distances telles que l'obligation pour l'assuré de la souscrire en personne, équivaudrait souvent à une interdiction absolue de la faculté d'y recourir.

Enfin, et comme dans toutes les matières commerciales, le secret, sur la propriété de choses assurées, peut être indispensable au succès de l'opération. De là, un grave intérêt pour le véritable assuré à dissimuler son nom et sa qualité.

Ces considérations ont été de tous les temps appréciées, elles ont déterminé l'autorisation de contracter l'assurance par commissionnaire agissant pour compte *de qui il appartiendra*, ou pour compte *de qui que ce soit*,

Mais si, le sinistre se réalisant, le commissionnaire pouvait continuer de taire le nom de son commettant, l'assurance dégénérerait bientôt en une gageure sur les fortunes de mer. En effet, un négociant, sachant qu'un navire part ou est parti pour un voyage déterminé, ferait assurer pour compte de qui il appartiendra une somme plus ou moins importante soit sur le navire lui-même, soit sur la cargaison. Si le voyage réussissait, il en serait quitte moyennant le payement de la prime ; si le navire venait à se perdre, il réaliserait un bénéfice sans avoir jamais eu un risque quelconque à son bord.

La nécessité d'empêcher ce jeu, de veiller à la sincérité de l'assurance, exigeait donc que le sinistre se réalisant, et sur la première réquisition des assureurs, le commissionnaire fût tenu de nommer la personne pour le compte de laquelle il a agi ; et comme nul ne peut être assuré contre son gré et sans son consentement, le commissionnaire serait tenu, en nommant l'assuré réel, de produire soit la lettre d'ordre, soit la ratification de l'assurance, si celle-ci était son fait spontané.

En effet, un commissionnaire, chargé d'expédier des marchandises à un commettant quelconque, peut, dans l'intérêt de celui-ci, les faire assurer sans en avoir reçu, sans même en attendre l'ordre. C'est là un acte de bonne, de prévoyante administration. Mais, en cas de sinistre, l'assurance ne vaut qu'en tant que cet acte a été approuvé et ratifié par le propriétaire des objets assurés, le défaut de ratification, comme celle qui serait postérieure au sinistre, annulerait l'assurance. Il importe, en effet, pour que la ratification puisse produire un effet utile, qu'elle soit donnée à une époque où le risque étant encore en suspens, l'*aléa* inséparable d'une assurance soit réelle-

ment couru. C'est encore là une règle que nous a léguée l'école italienne : *E docendo la ratificazione seguire re integra, cioe, avanti il sinistro, in tempo e stato di cose, nel quale l'atto ratificato potesse validamente farsi*[1]. Or, après le sinistre, l'assurance est impossible, dès lors la ratification l'est également.

Sous ce rapport donc, la dérogation à la règle que le commissionnaire n'est pas obligé de faire connaître son commettant, est parfaitement justifiée. Il est une autre considération qui ne la commandait pas moins impérieusement.

1246. — Aux termes de l'art. 348 du Code de commerce, toute réticence, toute fausse déclaration qui diminuerait l'opinion du risque, ou qui en changerait le sujet, annule l'assurance. Le contrat n'est valable qu'autant que les assureurs ont été instruits de tout ce que l'assuré savait lui-même sur la navigation du navire, sujet du risque ou porteur de ce risque.

Or l'obligation de tout déclarer ne s'applique pas seulement au commissionnaire, souscrivant la police, mais encore et essentiellement à l'assuré dans l'intérêt de qui cette police est souscrite. Quelle qu'ait été la bonne ou la mauvaise foi du premier, l'assurance ne doit pas moins succomber, si le second est convaincu de réticence ou de fausse déclaration.

Il importait donc aux assureurs d'obtenir la production de la lettre d'ordre et de connaître ainsi le véritable intéressé. Car de deux choses l'une : ou le commissionnaire n'a pas indiqué toutes les circonstances que l'ordre

[1] Casaregis, *Disc.* 173, n° 31.

renfermait, et l'assurance est nulle par le fait du commissionnaire, seul responsable de sa faute envers son commettant ; ou les indications de la lettre d'ordre auront été fidèlement exécutées, et les assureurs pourront toujours faire tomber le contrat, en prouvant que l'auteur de cette lettre a volontairement omis d'y consigner des circonstances qu'il connaissait et qui étaient de nature à influer sur l'opinion du risque : *Scientia domini sibi præjudicat, licet ejus procurator in contrahendo, illam non habuerit*[1].

C'est donc la conduite du mandant que les assureurs auront à explorer dans le plus grand nombre des cas, Or, comment auraient-ils pu user de ce droit d'un si haut intérêt pour eux, si, après comme avant le sinistre, le commissionnaire avait pu leur taire le nom du véritable intéressé.

1247. — Ainsi l'assuré répond de la faute et de la fraude du commissionnaire qu'il s'est choisi et avec lequel il s'identifie, à plus forte raison, doit-il répondre de sa propre faute. Il ne serait pas juste de lui permettre d'en tirer avantage, par cela seul qu'il aurait confié à un tiers le soin de souscrire une assurance, en lui cachant des circonstances que les assureurs avaient le plus grand intérêt à connaître. Cette évidente injustice ne pouvait être évitée que par l'obligation faite au mandataire de faire connaître son mandant et de produire la lettre d'ordre. Celui-ci connu aura à répondre de sa réticence, de sa fausse déclaration, il aura de plus à prouver qu'il était réellement propriétaire des choses assurées.

[1] Casaregis, *Disc.* 9, nº 19.

Nous retrouvons l'identification du mandataire et du commettant dans les conséquences à tirer de l'art. 365 du Code de commerce. Aux termes de sa disposition, il ne peut exister d'assurance valable si avant la signature de la police l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'heureuse arrivée. Or, pour l'application de cette règle, il importe peu que la perte ignorée du mandant soit connue du commissionnaire, ou réciproquement ; il suffit qu'elle le soit de l'un d'eux pour que le contrat ne puisse sortir à effet.

Ainsi, dit Emérigon, si, lors de la signature de la police, le commissionnaire, qui fait l'assurance pour compte d'autrui, est instruit du sinistre, l'assurance est nulle, quoique le commettant l'ait ignorée.

Elle est également nulle, si ce dernier était instruit du sinistre, lorsqu'il a donné ordre de faire assurer, quoique le commissionnaire ait été de bonne foi.

Il en est de même si le commettant, instruit à temps pour révoquer l'ordre, a omis de le révoquer[1].

1248. — La dissimulation, que le commettant ferait à son commissionnaire de la connaissance du sinistre, constituerait de sa part un véritable dol. Or, quelle que soit l'identification que nous venons de voir se réaliser entre eux, elle ne peut jamais aller jusqu'à rendre celui-ci responsable d'un dol personnel au commettant et auquel il serait resté étranger. C'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 8 mai 1844[2]. Dès lors, la double prime que cette dissimulation

[1] Des *Assurances*, chap. 15, sect. 8.
[2] D. P., 44, I, 233.

entraînerait, aux termes de l'art. 368, ne pourrait être mise à la charge du commissionnaire de bonne foi.

1249. — Ce résultat est d'ailleurs une conséquence logique de la déclaration du nom de celui pour compte de qui l'assurance a été prise. Cette indication n'a certes pas pour effet d'effacer les obligations personnellement contractées jusque là par le commissionnaire. Il faut donc dire avec Casaregis : *Facta nominatione, stipulator non exit e contractu, qui erat in eo radicatus ab initio, sed persona nominata accumulatur ipsi contractui*[1]. Le commissionnaire restera donc débiteur de la prime convenue, et de toutes les obligations contractées par la police.

Mais cette nomination réalisée, les assureurs se trouvent désormais en présence de leur véritable adversaire. Ils peuvent scruter sa conduite, et tout ce qui ressort de cet examen amiable ou judiciaire ne peut plus concerner que l'assuré. Le commissionnaire n'a pas même qualité pour se prétendre intéressé au procès ; à quel titre donc lui ferait-on supporter la peine que le dol ou la fraude de son commettant pourra faire prononcer ?

1250.— La seconde condition pour que le mandant soit tenu envers les tiers, c'est que le mandataire ait agi dans la limite du mandat. S'il a excédé ses pouvoirs et que les tiers les aient suffisamment connus, le mandant n'est pas tenu : *Non essendo ademptita la forma del man-*

[1] *Disc.* 5, n° 26 ; — Ansaldus. *Disc.* 12 ; — Valin, t. II, p. 33, 34 ; — Troplong, art. 1997, n° 564.

dato, non e tenuto il mandate a osservare e ratificare chio che vien fato del mandatario[1].

1251. — L'abus du mandat crée donc une exception en faveur du mandant, mais ses effets diffèrent suivant que cette exception est opposée au mandataire ou aux tiers avec lesquels il a traité.

Le mandataire qui a sciemment outrepassé son mandat, a commis une faute dont il doit répondre. Il ne peut, conséquemment, contraindre le mandant à le relever des engagements qu'il a personnellement contractés, ni le forcer à lui rembourser les avances et frais exposés. Cette régle a un fondement rationnel et équitable : nul ne peut être engagé au delà de sa volonté et contre ses ordres exprès. Or, si l'étendue de cette volonté peut quelquefois être contestable, tout doute est impossible lorsqu'elle résulte expressément et formellement du mandat écrit. D'ailleurs, celui qui ne se conforme pas aux ordres qu'il a reçus, ne peut agir, en réalité, à titre de mandataire. C'est personnellement qu'il contracte, c'est donc aussi lui seul qui s'oblige.

En conséquence, pour ce qui concerne le mandataire, la règle prescrite par l'art. 1998 est générale et absolue. Le mandant n'est jamais engagé par ce qui a été fait au delà de ses ordres et contrairement à ses intentions. Tout ce qui a été fait dans ce sens lui demeure étranger, il n'a pas même besoin d'en faire prononcer la nullité. Cette nullité est de plein droit et résulte de l'excès du mandat.

Mais l'existence de l'abus peut être contestée, et ce n'est qu'en tant qu'il est certain que les effets que nous

[1] Casaregis, *Disc.*, 119, n° 9.

venons de rappeler se réalisent. Le doute qui s'élèverait à cet égard offrirait une question d'interprétation que les tribunaux décideraient souverainement et en fait.

Or, le doute peut naître des termes obscurs et ambigus employés par le mandant. Mais, à cet égard, il importe de remarquer que le mandataire, toutes les fois qu'il se crée des doutes sur l'étendue de son mandat, doit provoquer des explications et conformer sa conduite à celles qui lui sont données. Il ne pourrait donc se prévaloir de l'obscurité ou de l'ambiguïté du mandat, s'il a eu tout le temps nécessaire pour demander et obtenir ces explications. Mais il ne serait pas juste de le rendre victime de l'erreur qu'il a pu commettre de bonne foi, si l'accomplissement du mandat devant se réaliser dans un temps voisin de sa réception, le mandant n'a pu être consulté, ni répondre en temps utile. Dans cette hypothèse, la faute de ne s'être pas suffisamment expliqué devrait retomber sur lui.

1252. — La certitude de l'excès, suffisante contre le mandataire, ne suffit plus contre les tiers. Il faut, de plus, que ceux-ci aient pu apprécier l'excès; qu'ils aient, conséquemment, connu les pouvoirs de celui avec qui ils ont contracté. Cette connaissance est, dans tous les cas, présumée. Il est naturel, en effet, que celui qui traite avec une personne se disant mandataire d'un tiers, lui fasse exhiber ses pouvoirs. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire que le tiers est toujours recevable à produire [1].

1253. — Par rapport aux tiers, la règle que le man-

[1] Voy. cependant *suprà*, n° 1239.

dant n'est pas tenu de tout ce qui excède le mandat est susceptible de quelques autres exceptions. Ainsi le tiers ne pourrait être éconduit que si la production du mandat et sa connaissance ne lui permettaient pas de se tromper de bonne foi sur son étendue. L'ambiguïté, l'obscurité des termes serait donc pour lui une excuse légitime. On ne pourrait consacrer le contraire sans s'exposer à de graves injustices. Bientôt l'une ou l'autre ne serait plus que l'effet du calcul pour se ménager, dans tous les cas, une porte de sortie et rendre ainsi les tiers victimes d'une fraude manifeste.

1254. — Une autre exception se réaliserait incontestablement dans l'hypothèse ou l'excès consisterait dans l'emploi de la procuration, alors que l'objet pour lequel elle a été consentie aurait reçu son accomplissement. Je charge un mandataire d'emprunter pour moi une somme de 1,000 fr. Cet emprunt est effectivement réalisé et le mandat a produit tout son effet. Mais j'omets de retirer la procuration, et celui qui en est porteur contracte un second, un troisième emprunt. Il y a là évidemment, un coupable excès de pouvoirs; mais le second et le troisième prêteurs ne sauraient être privés de leur recours, que si, connaissant le premier emprunt, ils se sont associés à l'infidélité du mandataire. Si cette preuve n'est pas fournie, il leur suffit d'avoir suivi la foi de la procuration pour que le mandant soit obligé envers eux : *Si quidem publicæ repugnat æquitati, civilique commercio, quod quis sincera fide contrahens cum aliquo qui manibus habente publicum instrumentem mandati, debeat sub ista bona fide decipi* [1].

[1] Ansaldus. Dig. 30 nº 4. * *Junge* Pottier, *Mandat,* nº 89.

M. Troplong, qui approuve cette doctrine, fait très bien remarquer que le mandant peut facilement échapper à la possibilité de cet abus en précisant, dans le mandat, la personne auprès de laquelle l'emprunt devra être contracté ou bien en retirant la procuration des mains du mandataire, dès la réalisation de l'emprunt[1].

Le premier moyen est péremptoire autant que facile, mais il n'en est pas de même du second. Comment, en effet, obtenir matériellement la restitution d'un titre, lorsque le dépositaire ne voudra pas l'opérer? Ce refus laissera-t-il le mandant pour toujours responsable des engagements qu'il plaira au mandataire infidèle de souscrire?

Il n'est certes pas possible de l'admettre ainsi. La loi eût été injuste si elle n'avait pas fourni le moyen de conjurer un pareil danger. Dans un cas de cette nature, le mandant ne doit pas se borner à révoquer de fait la procuration, il doit donner à cette révocation la plus grande, la plus éclatante publicité, soit par des circulaires imprimées, soit par l'insertion dans les journaux de la localité. Cette publicité, ayant pour objet de prévenir les tiers, leur enlèverait, au besoin toute excuse de bonne foi et exonérerait le mandant de toute responsabilité des engagements qu'ils auraient pu contracter avec l'ancien mandataire.

A défaut de ces précautions, comme dans tous les cas d'infidélité ou de fraude de la part du mandataire, la responsabilité appartient au mandant. Les tiers n'ont nullement à se reprocher d'avoir traité avec celui qui avait réellement la qualité qu'il prenait, tandis que le mandant

[1] Art. 1998, nº 605; — *Vid.* Delamare et Lepoitvin, t. II, nº 354.

a fait faute en investissant de sa confiance une personne capable d'en abuser. Il n'y a donc pas à hésiter : *Unde quidquid sit in aliis materiis extra commercium, vel inter procuratorem et dominum, certum undequaque videtur, quod tertius innocens ac fidem ipsi constituenti, non debet ullo modo clandestinos actus procuratoris defraudari eodem modo, quo si procurator asserat recepisse pecunias in eam causam de qua cantat mandatum, illasque in alios usus convertat, adhuc ipse constituens qui credidit suo procuratori, et non tertius qui credidit ipsi constituenti damnificatur*[1].

1255. — Le mandant ne saurait récuser la responsabilité des actes de son mandataire, si l'excès de pouvoirs dont il excipe résultait non du mandat lui-même, mais de modifications consenties soit verbalement, soit par acte séparé. Cependant la connaissance de ces modifications par les tiers les placerait sous le coup de l'article 1998; mais cette connaissance n'est plus présumée, comme nous le disions tout à l'heure pour celle du mandat; celui qui l'allèguerait dans son intérêt devrait la prouver.

1256. — Enfin, une dernière exception, et celle-ci commune aux tiers et au mandataire lui-même, résulterait de la ratification expresse ou tacite que le mandant aurait faite de l'opération réalisée au delà du mandat[2]. Lui seul, en effet, a qualité pour se plaindre de l'excès de pouvoirs; mais il n'est pas forcé de le faire. Rien même ne saurait l'empêcher de s'en appliquer les effets.

[1] Ansaldus, *Disc* 30, nº 5.

* [2] La ratification profite à celui avec lequel le mandataire a traité, quoiqu'il n'y soit pas intervenu. Req. 21 décembre 1859, Sir., 60, I. 449.

C'est ce qu'il est, de plein droit, présumé faire lorsqu'il a approuvé formellement l'opération, ou lorsque, sans donner cette approbation formelle, il s'est contenté de la ratifier tacitement[1].

Un principe incontestable en matière de mandat, c'est que la ratification n'est plus celle exigée par l'article 1338. On ne saurait donc exciper de l'absence, dans l'acte de ratification, des conditions prescrites par cet article. La ratification s'induit, définitivement, de tout acte duquel résulterait une approbation quelconque de l'opération après que le mandant en a eu connaissance; elle s'induira également du silence gardé par lui, comme s'il s'abstenait de répondre à la lettre par laquelle le mandataire lui annonce la manière dont il a exécuté ses ordres. A plus forte raison, si, dans la réponse à cette lettre, il n'a fait ni prostestation, ni réserves.

En matière commerciale, les exemples d'approbation, tirée du défaut de réponse à une lettre, sont nombreux. Or, les motifs qui militaient dans ce cas justifiaient l'application de la règle en matière de mandat. Il ne serait pas juste, en effet, que le mandant put, à son gré, s'appliquer l'opération si elle est avantageuse, la répudier si les résultats étaient onéreux. C'est ce qui arriverait cependant, s'il pouvait suspendre sa décision pendant un temps plus ou moins long. Donc, libre de l'accepter ou de la répudier, il faut qu'il s'explique dès qu'il en connaît l'existence et les circonstances essentielles. Son choix est présumé pour l'acceptation s'il ne se prononce pas pour

* [1] L'appréciation des faits et circonstances pouvant constituer la ratification tacite est abandonnée à la prudence des tribunaux. Civ. rej. 3 juin 1845, Sir., 45, I. 830; 9 mai 1853, Sir., 54, I. 30; Req. 27 juillet 1863, Sir., 63, I. 457.

le rejet. C'est ce que décidait formellement l'école italienne : *Mandatorem habentem certam scientiam de excessu sui mandati, eique, neque facto, neque verbis contradicentem, haberi pro approbante dummodo cum scientia concurrat aliquis actus, ut receptio litterarum et taciturnitas; et fortius responsio sive dissensu vel reprobatione* [1].

Ces principes étaient marqués au coin d'une trop exacte équité, pour qu'ils ne fussent pas suivis sous l'empire de notre législation. Aussi le sont-ils à peu près sans contradiction [2].

[1] Casaregis, *Disc.* 30, nos 60 et 61.

[2] Pardessus, t. I, no 253; — Toullier, no 490; — Duranton, t. XIII, no 263; — Troplong, art. 1998, no 612.

De la simulation

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

SOMMAIRE.

1257. Définition de la simulation. En quoi elle diffère du dol ou de la fraude.
1258. Elle est absolue ou relative.
1259. Objets qu'elle se propose.

1257. — La simulation n'est pas autre chose qu'une fraude. Ce qui la distingue de celle que nous venons d'examiner et du dol lui-même, c'est que ceux-ci sont ordinairement le fait exclusif d'une des parties, exécuté et conçu pour causer un préjudice à l'autre, tandis que la simulation ne peut exister sans le concours et le consentement de toutes les parties.

Une autre différence non moins essentielle, c'est que la fraude et le dol sont nécessairement frauduleux et que leur effet est d'annuler infailliblement le contrat qui en est vicié. La simulation, au contraire, n'est pas toujours illicite, elle est même, dans certains cas, incapable d'empêcher la convention de recevoir son exécution pleine et entière.

Depuis longtemps la doctrine a défini la simulation. Elle est le déguisement de la vérité; on appelle simulé, l'acte qui n'est pas l'expression sincère de l'intention réelle des parties : *Cum aliud agitur, aliud simulatur vel scribitur.*

1258. — La simulation est absolue ou relative. Absolue, quand les parties n'ont pas eu l'intention de contracter un véritable engagement; lorsque le contrat est purement fictif; lorsqu'on suppose des aliénations pour mettre ses biens à couvert contre les poursuites de la loi ou de ses créanciers.

Elle est relative, lorsque les parties ont formé un engagement réel sous l'apparence d'un autre contrat, une donation sous la forme d'une vente, une vente sous celle d'un échange, etc...

1259. — Ce double caractère indique suffisamment les divers buts que peut se proposer la simulation. C'est le déguisement pur et simple du contrat, ou un prétexte pour éluder la loi, ou un moyen de tromper les tiers. Nous allons la suivre dans chacune de ses phases, et en rechercher les effets[1].

* [1] *Voy.* sur cette matière, Merlin, *Rép.* v°. Simulation; Aubry et Rau, I. p. 114 et suiv., IV. p. 146, 322 et suiv., VI. p. 641, 642, VII, p. 49, 259, 276 à 278, VIII, p. 350 et suiv.

CHAPITRE Ier

SIMULATION PURE ET SIMPLE DU CONTRAT

SOMMAIRE.

1260. Caractères de la simulation licite.
1261. Législation romaine.
1262. Législation actuelle.
1263. Différence entre l'acte atteint d'une simulation relative et celui vicié par une simulation absolue.
1264. Validité de la donation déguisée. Débats qu'elle avait soulevés dans le sein de la Cour de cassation.
1265. Ce résultat, juridiquement inévitable, paraît contraire à la raison.
1266. La donation déguisée, affranchie de la révocation pour cause d'ingratitude, est-elle révoquée pour survenance d'enfants ?
1267. Preuve admissible pour établir le véritable caractère de l'acte, en cas d'action en révocation pour survenance d'enfants.
1268. Durée de l'action.
1269. Ses conséquences à l'endroit des tiers détenteurs.
1270. La vente peut être valablement consentie sous forme d'un échange et réciproquement.

1271. Importance du véritable caractère de l'acte pour la plainte en lésion.
1272. La preuve testimoniale est-elle admissible pour établir la simulation ?
1273. Simulation dans la date de l'acte sous seing privé. Ses effets entre les parties.
1274. *Quid*, en cas de dénégation de l'écriture ou de la signature ?
1275. La reconnaissance de l'acte est formelle ou tacite.
1276. Pour que l'acte puisse faire foi de sa date. il faut que le souscripteur à qui on l'oppose n'ait pas acquis depuis peu, ou n'ait pas perdu, dans l'intervalle, la capacité de contracter.
1277. Application de cette règle au mineur ou à l'interdit.
1278. A la femme mariée.
1279. A celui frappé d'une condamnation criminelle.
1280. Les termes de l'art. 1322, *ayant cause*, s'appliquent-ils aux successeurs à titre particulier ?
1281. Opinion de Toullier.
1282. Opinion contraire de Chardon.
1283. Examen de celle-ci.
1284. Exception à la règle de l'art. 1322, en matière de lettres de change.
1285. Motifs de cette exception.
1286. Résumé.

1260. — La simulation simple, lorsqu'elle n'a pas pour objet de déguiser une incapacité légale ou de donner une apparence licite à un contrat prohibé, lorsque, enfin, elle ne renferme aucune intention de frauder la loi ou de nuire à des tiers, n'est prohibée en aucune manière. Son existence ne pourrait donc nuire à la validité de l'acte, ni occasionner la nullité du contrat, dont il a plu aux parties d'emprunter les formes.

Ces paroles, d'un arrêt de la Cour de cassation, du 31 octobre 1809, dominent notre matière. La règle en

résultant est la validité de l'acte, ramené à l'intention vraie des parties.

Il est certain, en effet, que dès que les parties sont respectivement capables de contracter; que dès que le contrat a une cause licite et réelle, les conditions exigées pour la validité des conventions se trouvent réalisées, et dès lors, quelles que soient les formes adoptées, le contrat tombe sous l'application de l'art. 1134, donnant un lien obligatoire aux conventions légalement intervenues.

Nous disons quelles que soient les formes adoptées. En effet, il importe peu que les parties aient donné au contrat une qualification et une apparence distinctes de celles qu'il devait naturellement offrir. Dans l'appréciation des conventions, c'est l'intention qu'il faut rechercher plutôt que de s'arrêter servilement aux termes dans lesquels elle se manifeste, et si l'exécution de l'intention vraie ne doit rencontrer aucun obstacle ni dans la loi, ni dans l'ordre public, ni dans les droits des tiers, elle doit non seulement être tolérée, mais encore ordonnée.

1261. — Cette règle n'avait pas été méconnue par le droit romain, qui admettait la validité de l'acte simulé : *Si quis donationis causa venditionis contractus simulatus est, emptio in sua deficit substantia, sane in possessionem rei sub specie traditionis causa donationis, ut te aleret induxisti ; sicut perfecta donatio facile rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans, dixisti, parere convenit*[1].

Dans son Commentaire de cette loi, Bruneman en résume ainsi la substance : *Simulatam emptionem licet*

[1] L. 3, Cod. *de Contrah. empt.*

non valeat illa ut emptio, valere tamen ut alium contractum qui revera intenditur, quia contractus simulatus a licito ad licitum jure non est irritus. Godefroy de son côté, enseigne, à cette occasion : *Et ita si non valet quod ago ut ago, valet ut valere potest, non valet ut venditio, valet ut donatio. Inspicitur voluntas contrahentium quibus animus fuit donare, ita ut verus contractus donationis prævaleat simulatæ venditioni.*

Cette doctrine, confirmée par d'autres lois[1], ne pouvait laisser aucun doute sur le sort de l'acte, il ne paraît pas qu'elle ait soulevé la moindre difficulté sous notre ancien droit.

1262. — Le Code civil ne s'est pas exprimé avec la netteté et la précision du législateur romain, mais, en l'absence de toute disposition contraire, la rationalité de la solution que nous venons d'indiquer devait la faire admettre. Toutefois il y a mieux qu'un simple silence, et de quelques dispositions de notre loi, on peut tirer cette conséquence que la doctrine du droit romain a reçu une approbation explicite.

1263. — L'acte, atteint d'une simulation relative ne saurait être assimilé à celui que vicie une simulation absolue. On a pu dire de ce dernier : *Colorem habet, substantiam vero nullam.* Tout ce qu'on pourrait dire du premier, c'est que *colorem habet, substantiam vero alteram.* La cause énoncée n'est pas exacte, mais, au fond, il en existe une réelle et sincère.

Ce caractère, parfaitement saisi par la loi romaine,

[1] L. 9. Cod, *eodem titulo ;* — L. *ult.* Dig. *pro donato.*

avait dicté ses dispositions. Eh bien, ce caractère et ses conséquences nous les retrouvons dans le Code civil; il est vrai que l'art. 1132 assimile la fausse cause à la cause illicite, immorale, à l'absence de toute cause, mais l'art. 1133 ajoute immédiatement que la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, d'où on a conclu que l'obligation est valable quoique la cause exprimée soit fausse, pourvu qu'il existe réellement une cause légitime.

C'est précisément ce qui se réalise dans la simulation relative. Ainsi l'acte qualifié vente ou échange, n'est ni une vente, ni une échange, mais il est une donation dans le premier cas, une vente dans le second. Si la cause énoncée est fausse, il en existe donc une réelle, et cela suffit pour la validité de la convention.

Ce qui n'est qu'une induction, puissante il est vrai, en regard de l'art. 1133, devient une certitude si l'on recourt à l'art. 911. Dans celui-ci, le législateur s'occupe de la simulation dans le caractère du contrat et annule la donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, mais le motif déterminant de cette nullité ne se puise pas dans le déguisement de la convention mais uniquement dans le défaut de capacité du donataire. D'où il résulte que là où ce défaut n'existe pas, la libéralité est bien obvenue, quelle que soit d'ailleurs la forme sous laquelle elle ait été déguisée.

1264. — Nous arrivons donc à ce résultat que, loin de déroger au droit romain, le Code civil en a consacré la doctrine, et ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est l'abandon aujourd'hui consommé d'une dissidence que la validité de la donation déguisée avait

soulevé dans le sein de la Cour de cassation elle-même; ainsi, tandis que l'affirmative était professée par la chambre civile, la chambre des requêtes se prononçait pour la négative.

Un arrêt rendu par celle-ci le 8 frimaire an XIII, nous paraît utile à recueillir comme une constatation des reproches pouvant être adressés au système qui a définitivement prévalu.

Attendu, porte cet arrêt, que les lois du 17 nivôse an II, et 4 germinal an VIII, en introduisant un droit nouveau relativement à la quotité des biens disponibles, n'ont rien statué à l'égard de la forme des actes par lesquels il serait permis de disposer à titre gratuit; d'où il résulte que les lois antérieures à ce sujet ont dû continuer de recevoir leur exécution;

Attendu, que d'après la disposition de ces lois, et notamment de l'ordonnance de 1731, il n'existait que deux manières de disposer à titre gratuit, savoir : par donations entre-vifs ou par testament, chacune desquelles était assujettie à des formes particulières dont l'inobservation entraînait la peine de nullité; d'où il suit que lorsqu'un acte ne contient pas la mention expresse, de la part de l'une des parties, de disposer en faveur de l'autre à titre gratuit, et que, sans être revêtu des formes particulières à ce genre de disposition, il ne contient que la simple énonciation d'un contrat commutatif, à titre onéreux, il ne peut être regardé comme donation par cela seul qu'il ne peut valoir comme contrat commutatif, car autrement ce serait tromper la sage prévoyance du législateur qui en exigeant l'énonciation expresse de l'intention de disposer à titre gratuit, et le soumettant à l'accomplissement de certaines formalités, n'a évidemment

eu d'autre objet que de garantir les donateurs des surprises qu'on pourrait leur faire en déguisant, sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, une véritable libéralité qui n'était point dans leur intention, et de dispenser par ce moyen le donataire des obligations résultant d'une donation expresse, telles que la nécessité de l'insinuation, la révocation pour cause d'ingratitude, de survenance d'enfants et autres cas semblables.

Comme on le voit, le principal argument invoqué par la chambre des requêtes était celui-ci : Des lois spéciales ayant ordonné des formalités obligatoires pour les donations, il ne saurait être qu'on put s'en dispenser en déguisant la libéralité sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, il ne peut exister de donation valable que celle qui réunit les formalités voulues par la loi. Nous allons trouver la réponse à cet argument dans un arrêt de la chambre civile, rendu le 5 janvier 1814, précédé et suivi de beaucoup d'autres, tous dans le même sens.

Vu les lois 36 et 38, Digeste *de contrahenda emptione;* la loi 6, Digeste *pro donato,* et la loi 3 *eodem titulo.*

Et attendu que les donations tacites sont permises par les lois ci-dessus citées; que le statut delphinal et l'ordonnance de 1731 ne les ont pas formellement abrogées; que les dispositions de ces lois, relatives aux formes qu'elles prescrivent, comme indispensables pour la validité des donations, ne se rapportent qu'aux donations proprement dites, et non aux libéralités tacites, faites sous les formes d'un autre contrat, lorsqu'il y a capacité de donner et de recevoir sans blesser le vœu de la loi; que la simulation n'est prohibée que lorsqu'elle a pour objet d'éluder une disposition de loi ou de nuire aux droits des tiers; que le principe, contenu à cet égard dans

les lois romaines, se trouve reproduit et consacré par l'art. 911 du Code civil.

Cette jurisprudence n'a plus aujourd'hui de contradicteur, la chambre des requêtes ayant fini par s'y rallier. Il en résulte qu'en droit la donation, déguisée sous l'apparence d'une vente, doit sortir à effet lorsqu'à la capacité des parties contractantes se joint l'absence de toute intention de nuire aux tiers. Nous reconnaissons même qu'en présence des dispositions du Code, il était difficile d'arriver légalement à un autre résultat [1].

1265. Mais ce résultat contraire aurait dû être accueilli et consacré par le législateur. Nous n'hésitons pas à le dire, la validité de la donation, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, est un abus qu'on eût bien fait de proscrire. Les inconvénients signalés par la chambre des requêtes sont graves autant qu'évidents, et nous ne comprenons pas que le législateur de 1843 n'ait pas eu le courage de consacrer une mesure qui n'était que la conséquence rigoureusement logique de la réforme qu'il introduisait dans la législation.

La différence d'une libéralité à un acte ordinaire ne lui avait pas pourtant échappé. L'exception consacrée par l'art. 2 de la loi du 24 juin, à l'endroit des premières, le prouve péremptoirement.

Ce qui le prouve mieux encore, ce sont les motifs qui

* [1] La Cour de cassation a même décidé que, dans le cas où des dispositions excédant la quotité disponible auraient été faites sous le voile de contrats à titre onéreux, dans le but de porter atteinte à la réserve, les héritiers réservataires ne jouissent que de l'action en réduction, et non d'une action en nullité. Civ. cass. 13 déc. 1859, Sir., 60, I, 624.

ont fait admettre cette exception. « Il est une classe d'actes, disait le rapporteur, M. Philippe Dupin, que les auteurs de la loi ont cru devoir soumettre à des formes plus rigoureuses, et pour lesquelles on nous propose d'exiger le concours effectif, la présence réelle du notaire en second et des témoins, ce sont les donations de toute nature...

« Quelques esprits se sont étonnés de cette distinction. Ils ont demandé si une vente ou un échange de trois cent mille francs n'était pas plus important qu'une donation de cent francs.

« Mais on n'a pas fait attention que la différence proposée était fondée sur la nature des actes, et non sur l'importance de l'intérêt.

« En effet, les actes ordinaires donnent presque toujours lieu à des faits d'exécution immédiate ou du moins à des faits qui s'accomplissent du vivant des parties contractantes. Cette exécution sert de contrôle, de certification, et, en cas de débats, les intéressés sont là pour expliquer leurs propres intentions, et combattre les fraudes de toute nature. Les donations, au contraire, presque toujours accompagnées d'une réserve d'usufruit, ne viennent à exécution qu'après la mort de ceux qui les ont faites ; elles sommeillent jusque-là, et, lorsque le jour de l'exécution est arrivé, le donateur ne peut plus élever la voix pour protester contre les surprises, et pour déjouer les fraudes.

« Autre différence plus importante encore : Les donations sont trop souvent arrachées à la faiblesse ou à la maladie par des influences diverses et par des manœuvres captatoires, il n'en est pas de même des autres actes. On a donc pensé que la liberté des donateurs doit être

plus spécialement protégée par la présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins. Cette précaution est prise, bien moins contre le notaire que contre l'entourage du donateur. »

Ces considérations prévalurent, et les garanties proposées furent admises. On reconnut donc qu'il était urgent de protéger le donateur contre sa propre faiblesse, contre l'avidité de son entourage. Le moyen adopté est-il, peut-il être efficace, tant qu'une donation pourra valablement se déguiser sous la forme d'un contrat onéreux ? La loi de 1843 ne répond donc nullement à la pensée du législateur. La garantie qu'elle exige n'est qu'apparente, et, loin de protéger les intérêts qu'elle a voulu couvrir, elle les compromet plutôt. En effet, plus la volonté du donateur sera incertaine, plus il aura fallu recourir à la surprise et à la fraude, et plus on reculera devant la nécessité imposée par la loi, lorsque, pour l'éluder et pour faire triompher des manœuvres coupables, il suffira de recourir à la simulation et de rédiger un acte de vente sous seing privé.

Le corollaire indispensable de la loi de 1843 était donc une disposition annulant la donation déguisée sous la forme d'un acte onéreux. A cette condition seulement il était possible d'empêcher la fraude qu'elle a voulu prévenir.

Comment l'empêcherait-elle en l'absence de cette prohibition ? Le donataire a le plus grand intérêt à simuler un acte à titre onéreux. Cet acte a tous les avantages de la donation, sans aucune de ses charges ; il n'est soumis à aucune forme, à aucune authenticité ; il est plus irrévocable encore que la donation elle-même. En effet, l'ingratitude du donataire peut faire révoquer celle-ci,

mais elle ne révoque pas l'acte simulé[1]. Le prétendu acquéreur pourra payer son bienfaiteur de la plus noire ingratitude : le chasser, l'expulser de chez lui, lui refuser les aliments, en un mot, le réduire à recourir à la charité publique, et, pendant ce temps, il jouira insolemment d'une fortune que la fraude, aidée d'une simulation, lui permettra de retenir.

Tout cela, dit-on, c'est le donateur qui l'a voulu lui-même, puisque, pour mieux assurer son bienfait, il s'est lié plus irrévocablement que par une donation franche. Mais, peut-on raisonnablement croire que le donateur à pu faire autrement et qu'il a parfaitement apprécié les conséquences de l'acte qu'il souscrivait? Il faudrait, pour cela, admettre qu'il a préféré l'intérêt du donataire au sien propre. Cet intérêt exigeait qu'il se précautionnât contre une ingratitude qu'il devait prévoir, et, s'il a failli à ce qu'exigeait cette prévision, c'est qu'il n'a pas été maître de faire autrement qu'il n'a fait.

Cela se conçoit. Le donataire a, lui, le plus grand intérêt à se garantir contre la chance d'une révocation, dans une hypothèse dont il s'est peut-être déjà rendu intentionnellement coupable. On ne hasarde donc rien en le supposant l'auteur d'une simulation qui l'affranchit du devoir de la reconnaissance et qui consolide plus fortement entre ses mains cette fortune qu'il convoite. *Is fecit scelus cui prodest*, dit la raison criminelle, et cette maxime doit, dans notre hypothèse, résoudre la difficulté. Ajoutons que celui que l'idée d'une donation alarmerait, n'est pas aussi effrayé de l'idée d'une fausse vente, qu'on lui présente comme sans efficacité, sans

[1] *Voy.* note sous le n° 1266.

portée réelle, ne devant sortir à effet que s'il ne la rétracte pas, en un mot comme révocable au même titre que le testament lui-même.

Notre pratique personnelle nous a convaincu de l'audace avec laquelle les avides coureurs d'héritage s'efforcent de persuader et persuadent quelquefois des choses incroyables. Il est vrai qu'ils ont le soin de s'adresser à d'autres qu'à des intelligences saines et fortes. Mais c'est surtout la vieillesse et la décrépitude qui ont besoin d'être protégées.

Dira-t-on que ce sont là des manœuvres frauduleuses de nature à vicier l'acte? Mais plus l'idée suggérée est extraordinaire, et plus on répugne à l'admettre. On ne voit, dans la plainte, qu'un moyen de rétracter une libéralité qu'on regrette, et comme, en définitive, il n'y a aucune preuve écrite, et qu'il faudrait recourir à la preuve testimoniale, on vous écarte parce qu'on s'est rendu complice de la fraude alléguée : *Nemo auditur allegans propriam turpitudinem.*

Nous avons donc raison de le dire, tant qu'on n'aura pas admis la nullité de toute donation qui ne réunira pas les formes que la loi impose pour les actes de cette nature, on n'aura pas garanti efficacement le donateur contre les fraudes de *son entourage*. Tout ce qu'on tentera dans ce sens ne produira d'autre résultat que d'encourager la fraude à se réfugier dans la large voie qu'on lui laisse.

1266. — Ainsi que nous venons de l'indiquer, la donation déguisée n'est point soumise à la révocation pour cause d'ingratitude[1]. Est-elle également affranchie de la révocation pour survenance d'enfants?

*[1] Les donations déguisées sont soumises à la révocation pour cause

La révocation pour survenance d'enfants, quelque équitable qu'elle soit, n'a pas toujours été admise sans contestation. Les docteurs étaient partagés, même depuis la loi *si unquam*[1], car ceux qui tenaient pour la négative soutenaient que cette loi n'était applicable qu'aux donations faites par un patron à son affranchi. Cependant son application aux donations en général avait fini par être admise.

L'ordonnance de 1731 aurait, dans tous les cas, rendu tout litige impossible. Aux termes de l'art. 39, les donations, quelles qu'elles soient, à quelque titre qu'elles aient été faites[2], de quelque valeur qu'elles puissent être, sont révoquées par la survenance d'enfants. Les difficultés qui s'étaient élevées sur les dons mutuels, sur la faculté pour le donateur de s'interdire d'user de cette révocation, ou de la ratifier après la naissance des enfants ont été également tranchées par l'ordonnance.

Le Code civil s'est approprié les dispositions du législateur de 1731. Les articles 960 et suivants sont formels et explicites à cet égard. La survenance d'enfants annule

d'ingratitude comme les donations qui ont eu lieu dans la forme prescrite par l'art. 931 C. civ. « J'ai entendu agiter cette question (celle de savoir si une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux peut être révoquée pour cause d'ingratitude), dit M. Troplong, mais j'ai toujours été tenté d'y répondre par ces mots du jurisconsulte Celsus : « *Aut non intelligo quid sit de quo me consuleris, aut valde stulta est consultatio tua* » (L. 27, D. *Qui test. facer.*) » Qu'importe, en effet, que cette donation ait l'écorce d'une vente, ou autre contrat onéreux. Elle n'en est pas moins une donation, à la forme près. » (*Donations*, n° 1320).

[1] L. 8, Cod, *de Rev. donat.*

[2] Sont cependant exceptées : 1° les donations faites, dans le contrat de mariage, aux conjoints par leurs ascendants ; 2° celles que les conjoints se font l'un à l'autre.

toute donation précédente. La loi suppose que leur existence, au temps de la donation, l'eût empêchée de se réaliser; elle présume, en outre, dans celle faite par un homme sans enfants, l'existence d'une clause tacite et implicite de révocation, en cas qu'il lui en survienne.

Notons que le motif de cette révocation est plutôt dans l'intérêt des enfants que dans celui du donateur. On ne pouvait admettre qu'une famille dut, avant même de naître, être dépouillée d'une fortune que sa qualité seule devait lui assurer de préférence à tous.

Cela admis, nous n'hésitons pas à résoudre négativement la question que nous nous sommes posée, et à tenir que la donation, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, est révoquée par la survenance d'enfants au donateur.

Qu'on ne puisse pas la faire révoquer pour cause d'ingratitude, on le comprend. Cette révocation est dans l'intérêt personnel et exclusif du donateur. En droit, chacun peut déroger à une loi faite en sa faveur, or cette dérogation à tout avantage personnel s'induit contre le donateur. Par cela seul qu'il a dissimulé la libéralité, il l'a rendue ainsi à tout jamais irrévocable ; il n'y a donc que justice à lui faire supporter les effets d'une irrévocabilité qu'il a pu et n'a pas voulu empêcher[1].

Mais la maxime qu'on peut déroger à une loi faite en sa faveur n'a plus aucune portée, lorsque la révocation est demandée pour survenance d'enfants, par deux raisons : 1° parce que, dans ce cas, la révocation est plutôt dans l'intérêt des enfants que du donateur lui-même; 2° parce que, comme l'enseignent Ricard et Pothier, la dérogation

*[1] *Voy.* note 1 sous le n° 1266.

peut s'entendre avec cette limitation, pourvu que son auteur soit dans le même état et dans la même position qu'il se trouvera lorsqu'il aura droit de se servir de la loi à laquelle il a dérogé, et non pas lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la loi a voulu lui subvenir. Ainsi, un mineur ne peut pas renoncer à la loi qui lui accorde la restitution, pendant qu'il est encore en minorité. Par la même raison, la loi pour la révocation des donations au cas de survenance d'enfants ayant été faite pour subvenir au défaut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants et se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté et qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfants, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la loi a établi en leur faveur [1].

Il est un autre motif plus péremptoire encore, c'est celui qui se tire de la disposition de l'art. 965 du Code civil. Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfants, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun effet. Ainsi la renonciation formelle est défendue, comment dès lors en admettre une tacite, c'est-à-dire qu'on pourrait, par une voie indirecte, arriver à faire ce qu'il est prohibé de faire indirectement. Ce simple aperçu suffirait pour juger la question. En admettant que la simulation de l'acte valût renonciation à le faire révoquer pour survenance d'enfants, cette renonciation ne pourrait valoir plus qu'une convention expresse, elle

[1] Ricard, des *Donat.*, n° 575 et suivants; — Pothier, section 3, article 2, § 1.

serait donc frappée, comme celle-ci, par la disposition de l'art. 965 [1].

1267. — Il est vrai que le donataire menacé de la révocation pourrait vouloir soutenir la sincérité du caractère onéreux donné à l'acte, mais il résulte forcément de ce qui précède qu'on pourrait prouver le contraire. La maxime *nemo auditur*... deviendrait inapplicable, d'abord parce que les enfants, dans l'intérêt desquels surtout a été édicté l'art. 965, étant censés les principaux demandeurs, n'ont et ne peuvent avoir participé à une fraude commise avant qu'ils fussent nés; ensuite parce que le père serait censé avoir voulu éluder la disposition de l'art. 965 et faire tacitement une renonciation formellement prohibée. Dès lors il s'agirait d'une fraude non seulement à une loi prohibitive, mais encore préjudiciable à des tiers; dès lors aussi la preuve testimoniale, et, par voie de conséquence, celle par présomption, pourrait être invoquée par le complice, dans le premier cas ; dans l'intérêt des enfants, dans le second.

Ainsi, en cas de résistance à la révocation de la part du donataire, le véritable caractère de l'acte pourrait être établi par témoins ou par présomptions. Prouvé qu'il fût qu'il ne constitue qu'une libéralité, elle se trouverait révoquée, alors même, dit l'art. 962 du Code civil, que le donataire serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la surve-

*[1] Voy. en se sens, Troplong, *Donations*, III, 1400; Demolombe, XX, 759; Aubry et Rau, VII, § 709, p. 428; Laurent, XIII, 77; Req. 6 nov. 1832, Sir., 32, 1, 801. — En pareil cas, la révocation aurait-elle un effet rétroactif à l'égard du tiers ? Pour la négative Bayle-Mouillard, sur Grenier; *contrà*, Troplong, III, 1424.

nance d'enfants. La révocation s'opère de plein droit. Elle est absolue en ce sens que l'intégralité des biens donnés fait retour au donateur ou à ses enfants sans que le donataire soit autorisé à retenir la quotité disponible, lorsque la révocation est poursuivie par ceux-ci après la mort de leur père, la réduction à concurrence de cette quotité ne pouvant se réaliser que dans le cas de donations faites après la naissance des enfants.

1268.—L'action en révocation pour survenance d'enfants dure trente ans qui ne commencent à courir, aux termes de l'art. 966, que du jour de la naissance du dernier enfant, même posthume, du donateur. Le donataire, ses héritiers ou ayants cause ne pourront donc se maintenir en possession des objets donnés que s'ils prouvent en avoir joui plus de trente ans, à partir de cette époque. Remarquons que cette prescription est soumise par l'art. 966 à toutes les interruptions telles que de droit. Ainsi, les causes qui empêchent ou interrompent légalement le cours de la prescription en matière ordinaire produiront dans notre hypothèse tout leur effet. Il ne suffira donc pas d'une possession de fait plus que trentenaire, il faudra de plus, qu'au regard de la partie intéressée, cette possession ait pu faire acquérir la prescription [1].

Cette exception est la seule opposable à la demande en révocation. Toute reconnaissance, toute ratification faite par le donateur après la survenance d'enfants n'aurait aucun effet. Ce qui n'existe pas ne peut être ni reconnu, ni ratifié; or la donation se trouve de plein droit révoquée

*[1] *Voy.* Grenier, *Donations*, I, 207; Troplong, III, 1426; Demolombe, XX, 810.

par la survenance d'enfants, elle tombe d'une manière tellement absolue, que la mort postérieure des enfants, dont la naissance l'a fait révoquer, est impuissante à la faire revivre. Toute donation nouvelle, qui serait consentie après la naissance des enfants, ne serait valable que jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

1269. — L'art. 966 met, quant à l'obligation de restituer les biens, sur une même ligne, le donataire, ses héritiers ou ayants cause et tous autres détenteurs. Il résulte de ces termes que les tiers acquéreurs ne pourraient se prévaloir de la prescription décennale établie en leur faveur par l'art. 2265 du Code civil.

Ce résultat n'a rien de trop rigoureux, lorsque la libéralité ayant été consentie sous la forme d'une donation, le tiers n'a pu ignorer qu'il traitait avec un donataire. Il a dès lors pu apprécier les dangers que courait le titre de son cédant, dangers qu'il a assumés sur sa tête, en consentant à traiter avec lui [1].

Mais il n'en est pas ainsi lorsque la donation se déguisant sous la forme d'un contrat à titre onéreux, l'acquéreur a pu croire à l'irrévocabilité du titre de son vendeur. Il semble en effet qu'on ne peut exiger de lui qu'il crût à une simulation que rien ne devait et ne pouvait lui indiquer. Sa bonne foi ne saurait donc être suspectée, et n'est-ce pas se montrer injuste envers lui que de le dépouiller de ce qu'il a légitimement acquis.

* [1] La prescription de l'action en délaissement, qui appartient au donateur ou à ses ayants droit contre ceux qui possèdent les biens donnés sans titre ou en vertu de titres émanés de tiers, est-elle soumise aux règles du droit commun ? Pour la solution négative, *voy.* Demolombe, xx, 316 — *Contrà,* Demante, iv, 110 *bis,* i à v.

Cette objection est grave et sérieuse, on ne s'en est pas dissimulé la portée. Mais les droits des enfants ont prévalu et devaient en effet prévaloir. On comprend le danger que couraient ces droits, si les tiers acquéreurs pouvaient échapper à l'obligation de rendre par la simple prescription décennale. Le donataire, qui, par la simulation de l'acte, s'est mis à couvert de la révocation pour cause d'ingratitude [1], n'aurait rien de plus pressé que d'aliéner les objets donnés pour se soustraire au danger dont le menace celle pour survenance d'enfants. De telle sorte que celle-ci se réalisant, le donateur et ses enfants se trouveraient en présence d'une insolvabilité réelle ou feinte, et dans l'impossibilité de reconquérir cette fortune que la loi entend leur assurer.

Les inconvénients que présenterait un tel état de choses, l'atteinte que l'intérêt général pourrait subir de cette fatale spoliation d'une famille innocente de la faiblesse ou de l'imprévoyance de son auteur, a paru exiger une dérogation à l'intérêt particulier des tiers acquéreurs. La loi, voulant la fin, devait vouloir les moyens; s'arrêter devant la bonne foi des tiers acquéreurs, c'était précisément, comme nous le disons, en aliéner le plus décisif.

La loi a donc appliqué à l'hypothèse qui nous occupe une règle sévère, mais nécessaire pour l'efficacité des mesures qu'elle sanctionnait. Ainsi, de quelque manière qu'elle se soit réalisée, la donation se trouvant révoquée, tous les biens qui en faisaient l'objet reviennent francs et libres entre les mains du donateur ou de ses héritiers; les tiers acquéreurs eux-mêmes sont soumis à restituer, à moins qu'ils ne puissent opposer la prescription de 30 ans.

* [1] *Voy.* note 1, sous le n° 1266.

Il suit de là que ces tiers ont un intérêt évident dans l'instance en révocation. Ils devront donc, s'ils sont connus, y être appelés pour surveiller leurs droits et s'opposer à toute collusion entre les prétendus donateur et donataire. Ils peuvent, s'ils n'ont pas été appelés, intervenir; ils ont, dans tous les cas le droit de former tierce opposition au jugement de révocation, lorsque, actionnés en délaissement, on prétendra le leur opposer.

1270. — La vente peut être déguisée sous la forme de l'échange, et cette simulation n'a rien que de très-licite, lorsque, d'ailleurs, l'acte en résultant offre tous les éléments de validité exigés par la loi.

Mais cette simulation peut n'être qu'une fraude. Nous avons vu que soit la vente, soit l'échange peut, sous des apparences légales, pallier l'usure. Nous avons aussi établi les conséquences en résultant en faveur et contre les parties.

Nous n'avons ici à nous occuper que de la simulation licite, et à rechercher le mode par lequel on pourra l'établir, et les effets dont elle est susceptible.

En thèse, la question de savoir si un échange dissimule une vente est assez indifférente. Valable dans l'un et l'autre cas, l'acte n'en doit pas moins produire tous ses effets.

1271. — Mais il est une hypothèse dans laquelle cette question acquiert une haute importance, à savoir : lorsque le contrat est querellé pour cause de lésion. On sait, en effet, qu'une lésion, de plus des sept douzièmes fait rescinder la vente, tandis que l'échange ne comporte pas même l'action en lésion. Il est dès lors certain que,

la lésion existant, le caractère réel de l'acte est décisif, puisqu'il sera rescindé ou maintenu, selon qu'il sera déclaré vente ou échange.

La justice se trouvera donc nécessairement en présence d'allégations contradictoires de la part des parties. Chacune d'elle soutiendra celle qui servira le mieux son intérêt. Que fera la justice?

Son rôle serait facile si le demandeur en rescision pour lésion rapportait la preuve littérale de la réalité de la vente dont il excipe, ou si du moins il invoquait un commencement de preuve par écrit. Mais, en l'absence de l'un ou de l'autre, on maintiendra l'acte tel qu'il se présente, sans vouloir recourir à la preuve orale, ni s'arrêter aux présomptions plus ou moins graves dont le demandeur excipera.

En effet, par respect pour la liberté des conventions, la loi accepte et doit accepter la forme dans laquelle il a plu aux parties de les constater. Il suffit que le contrat apparent soit revêtu des formalités exigées pour sa validité, pour que son exécution soit ordonnée. Il est présumé sincère par cela seul qu'il est l'œuvre commune des parties.

Il est vrai que la vérité doit être substituée à la fiction. Mais encore faut-il que cette vérité apparaisse d'une manière régulière, et cette régularité ne peut résulter que d'une preuve écrite. Vouloir établir qu'il s'est agi d'autre chose que de ce qui ressort de l'acte même, c'est vouloir prouver outre et hors le contenu en celui-ci, c'est demander à établir ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis, choses pour lesquelles l'art. 1341 proscrit formellement la preuve par témoins. On violerait donc la disposition de cet article, si on admettait cette preuve,

car la partie qui l'invoque a pu se procurer la preuve écrite ; qu'elle est, dès lors, hors des cas d'exceptions prévus, et qu'elle ne peut non plus exciper d'une prétendue fraude, puisqu'elle s'en est volontairement constituée le co-auteur. Le système contraire favoriserait les prétentions les plus déloyales, et déterminerait une foule de procès injustes, inconvénients qui, nous l'avons vu, ont fait introduire dans notre législation le principe consacré depuis par l'article 1341.

C'est donc à celui qui, tout en consentant une simulation, a cependant intérêt à conserver à l'acte son véritable caractère, à se procurer, à côté du titre apparent une reconnaissance formelle de ses véritables intentions et de celles de l'autre partie. Cela lui est facile, car il est partie au contrat qu'il ne peut consentir qu'à cette condition. S'il néglige de le faire, l'absence de la preuve écrite est son fait personnel, et il ne saurait se faire un titre de sa propre négligence. C'est ce que la Cour de cassation n'a pas cessé d'admettre, c'est ce qu'elle a consacré le 4 janvier 1817, en termes formels : « Attendu que les parties contractantes ayant respectivement voulu et consenti la simulation, sont non-recevables à la prouver par témoins, et doivent s'imputer de ne pas s'en être assuré la preuve écrite, comme il était en leur pouvoir de le faire».

Ainsi la vente déguisée sous la forme d'un échange est régie par le principe de celui-ci. Elle est donc irrévocable, quelle que soit la lésion soufferte. Mais la preuve de la simulation restituant au contrat son véritable caractère, le range sous l'empire des règles particulières à la vente et le rend conséquemment rescindable pour lésion de plus des sept douzièmes. Cette preuve doit être écrite et résultera d'une contre-déclaration expresse.

1272. — A défaut de cette contre-déclaration, la preuve testimoniale et celle par présomptions ne seraient recevables que s'il existait un commencement de preuve par écrit. L'appréciation de présomptions, si elles étaient déclarées recevables, pourrait obéir aux règles que nous avons déjà retracées[1].

1273. — La simulation ne s'exerce pas toujours sur le caractère de l'acte. Elle peut porter sur la date, sur certaines conditions stipulées au contrat, sur la personne des contractants, sur le prix, lorsqu'il s'agit d'une vente, sur la libération elle-même.

La sincérité de la date ne saurait être douteuse dans l'acte authentique. Le concours de l'officier public préposé par la loi donne, à celle indiquée, une certitude telle que le contraire ne pourrait être établi que par une inscription de faux. Il n'en pourrait être de même pour l'acte sous seing privé. La facilité que les parties ont de choisir celle qui favorise le mieux leur dessein, devait, pour toute autre que pour elles, en faire suspecter la foi. En ce qui les concerne, l'art. 1322 assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique lui-même. Il fait conséquemment foi de sa date.

Il résulte de cette disposition que la partie qui la prétend simulée ne peut être admise à le prouver autrement que par écrit. Toute preuve testimoniale est repoussée et par l'art. 1341 et par l'art. 1322 lui-même. Mais l'admissibilité de la preuve littérale rendant applicable l'art. 1347, le commencement de preuve suppléerait à celle-ci et rendrait la preuve testimoniale recevable.

[1] V. *suprà*, nos 992, 993.

1274. — La foi due à l'acte sous seing privé, par les parties contractantes, est subordonnée par la loi à la condition que l'acte sera reconnu par celui auquel on l'oppose, ou judiciairement tenu pour tel. Il est évident que la dénégation de l'écriture est une exception des plus péremptoires, elle tend à rendre l'acte étranger, et conséquemment sans effet possible contre celui qui se défend de l'avoir souscrit.

1275. — La reconnaissance de l'acte est formelle ou tacite.

Elle est expresse, lorsque, sur la sommation de reconnaître ou de dénier, la partie déclare avouer la pièce et reconnaître son écriture. Cette déclaration fixe le sort de l'acte et le rend ultérieurement inattaquable sous ce rapport.

Elle est tacite, lorsque la partie, pouvant méconnaître la pièce, non seulement ne la conteste pas, mais agit de manière à indiquer qu'il ne veut ou ne peut la contester. C'est ce qui se réaliserait soit lorsque le débiteur ne répond rien à la signification du titre et à la sommation de le méconnaître, soit lorsque appelé en justice, il soutient au fond que la demande n'est pas fondée, ou oppose un payement ou une compensation.

1276. — Il faut, en outre, pour que l'acte fasse pleine foi de sa date, que celui à qui on l'aurait fait souscrire n'ait pas acquis depuis peu, ou n'ait pas perdu, dans l'intervalle, la capacité de contracter. Une incapacité, survenue entre le moment de la date prétendue de l'acte et celle de la demande, pourrait faire supposer l'antidate; et, comme il s'agirait alors d'une fraude à une loi d'ordre

public, on pourrait prouver l'antidate par la preuve testimoniale.

1277. — Ainsi, et par application de cette règle, le mineur, devenu majeur, peut soutenir que l'obligation dont on lui demande payement remonte à une époque où il était encore dans les liens de la minorité. Ainsi encore le majeur pourvu, depuis la date de l'acte, d'un conseil judiciaire, est recevable à prouver que cette date, réellement postérieure à son interdiction, a été reportée après coup à une époque antérieure, à l'effet d'en éluder les effets. Dans l'un comme dans l'autre cas, la question n'est plus de savoir si, en fait, la date apparente est ou non postérieure à la majorité ou antérieure à l'interdiction, mais si réellement l'acte a été ou non fait à la date indiquée, c'est-à-dire alors que le souscripteur jouissait déjà, ou encore, de la capacité de contracter [1].

Dans ces hypothèses, la présomption de l'art. 1322 reçoit exception, et le débiteur ne pourrait être condamné par cela seul que la date apparente se réfère à un temps de capacité. Il ne le sera que si la capacité existait réellement. L'acte ayant été véritablement souscrit au temps indiqué [2], la condamnation n'est donc plus la conséquence de la foi due à l'acte, mais uniquement celle du défaut de preuve de l'absence de sincérité alléguée.

Ainsi l'incapacité pouvant résulter soit de la minorité, soit de l'interdiction, arguée par la partie, amène une exception à la règle de l'art. 1322. L'acte ne fait plus pleine foi, et sa date n'est admise que jusqu'à preuve contraire.

[1] Cass., 4 fév. 1835; — D. P., 35, I, 33.
[2] Cass., 17 mai 1831 ; — D. P., 35, , 321.

Cette preuve est elle-même admissible par toutes les voies : par témoins et même par présomptions [1].

1278. — Il en serait de même pour la femme mariée poursuivant la nullité de son obligation pour défaut d'autorisation maritale. Il importerait peu que, par la date apparente, cette obligation remontât à une époque antérieure au mariage, l'antidate alléguée par la femme rendrait la preuve testimoniale admissible, s'agissant d'une fraude à une loi d'ordre public. Le titre ne pourrait donc être validé que faute par la femme d'avoir légalement justifié ses prétentions.

Dans tous ces cas, le but de la loi est facile à saisir. Laisser toute sa force à la présomption de l'art. 1322,

* [1] L'art. 1322 est-il applicable aux actes souscrits par une personne qui, par suite soit d'une interdiction légale ou judiciaire, soit de la nomination d'un conseil judiciaire, a subi un changement d'état? Sera-ce à cette personne ou à ses représentants à établir l'antidate des actes sous seing privé qui leur sont opposés ? Ou, au contraire, ceux qui produisent ces actes devront-ils prouver la sincérité de la date?

On a d'abord assez généralement décidé, en doctrine et en jurisprudence, et en se basant sur l'article 502 combiné avec l'article 1328 C. civ., que le principe de l'article 1322 n'était applicable qu'aux actes pour lesquels la capacité des parties n'a pas changé, et qu'elles auraient pu consentir à quelque époque et dans quelque circonstance que ce fût de leur existence. (*Voy.* Req. 9 juillet 1816; Civ. Cass. 4 févr. 1835, Sir., 35. I, 83. — *Comp.* Delvincourt, I, p. 326; Duranton, III, 772).

Mais l'opinion contraire paraît avoir triomphé, et nous nous y rallions. Elle repose sur ce double principe que la présomption de vérité milite en faveur du titre, et que la fraude ne se présume pas. (*Voy.* Req. 22 mars 1825; 17 mai 1831, Sir., 35, I, 185; 8 mars 1836, Sir., 36. 1, 236; — Bonnier, II, 696; Larombière, IV, art. 1322, n° 7; Demolombe, XXIX, 512 et 513; Aubry et Rau, VIII, § 756, note 106, p. 250.

c'était retirer, d'une main, au mineur, à l'interdit, à la femme mariée, cette protection qu'elle paraissait leur accorder de l'autre; c'était leur permettre de se ruiner infailliblement. Il est facile, en effet, de prévoir que l'avidité de ceux qui ont le courage de les exploiter recommanderait à leur attention le choix de la date, qu'ils feraient toujours de manière à s'assurer le succès de leurs ténébreuses et déloyales machinations [1].

1279. — Qu'en est-il de l'incapacité résultant d'une condamnation au criminel? Que le condamné à une peine afflictive et infamante soit, pendant la durée de sa peine, incapable de contracter, c'est ce qui ne peut faire évidemment l'objet d'un doute. L'article 29 du Code pénal le déclare en état d'interdiction légale et veut que ses biens soient gérés et administrés par un curateur nommé dans les formes prescrites pour la nomination d'un tuteur aux interdits. Or, aux termes de l'art. 1124 du Code civil, les incapables de contracter sont: les mineurs, les interdits, les femmes mariées dans les cas déterminés, et généralement tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats.

N'est-ce pas être interdit que d'être placé dans un état d'interdiction légale? Et si on m'objecte qu'au lieu d'un tuteur que reçoit le premier, le condamné n'a qu'un curateur, je répondrai que la loi a voulu distinguer le

*[1] La solution que nous avons donnée, à la note du n° précédent, en ce qui concerne la personne qui a été interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire, est certainement aussi applicable à la femme mariée, quant aux actes sous seing privé souscrits par elle et portant une date antérieure à son mariage. Cette date fera foi contre elle après son mariage, quoiqu'elle soit non certaine suivant les termes de l'art. 1328 C. civ.

malheur du crime; que la protection qu'elle assure à celui à qui une maladie funeste enlève toute capacité, provient d'un sentiment de bienveillante pitié, tandis que la privation de cette capacité est une peine que la morale, que l'honnêteté publique exigeait. Pouvait-il se faire, en effet, que l'être dégradé et infect, que le bagne recèle, pût encore demeurer, pendant le cours de sa peine, à l'instar des autres citoyens et traiter avec eux d'égal à égal. Mais, quelque inégalité qu'on relève dans le mode d'interdiction et dans ses conséquences, quant à la personne, l'incapacité est la même. Ajoutons que, dans l'interdiction ordinaire, la loi exige un tuteur, parce qu'elle lui confie la personne et les biens de l'interdit; dans celle résultant d'une condamnation criminelle, un curateur suffit, parce qu'il ne s'agit et ne peut plus s'agir que des biens, la personne demeurant sous le coup de la justice.

Si on ne veut pas considérer le condamné comme un interdit, du moins faudra-t-il le placer dans la catégorie de ceux auxquels la loi a interdit certains actes. La défense de gérer et d'administrer leurs biens n'est-elle pas la prohibition de tous les contrats ayant ce double caractère?

Nous croyons donc que, sous l'un comme sous l'autre rapport, le condamné à une peine afflictive et infamante est réellement incapable de contracter. Cette opinion est celle que professent des savants et profonds criminalistes [1]. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie voient dans cette interdiction la conséquence presque nécessaire de la peine. Il ne faut pas, disent-ils, qu'un condamné puisse disposer de ses revenus et de ses biens, quand il

[1] Carnot, art. 29, n° 5.

subit un châtiment sévère; il ne faut pas qu'il ait le moyen d'acheter à prix d'or une évasion, ou que, par des profusions scandaleuses, il fasse, d'un séjour d'humiliation et de deuil, un théâtre de joie et de scandale [1].

L'incapacité absolue de gérer et d'administrer ainsi admise, il s'ensuit que, comme pour les autres incapables, l'acte ne sera valable que s'il a été réellement souscrit avant l'incapacité [2]. L'arrêt que nous annotons, rendu sur les conclusions conformes de M. Troplong, alors avocat général, semble même exiger que l'acte ait acquis date certaine pour qu'on puisse l'exécuter. Mais, aller jusque-là, ce serait placer le condamné dans une position plus avantageuse que le mineur, que l'interdit ou la femme mariée. Nous ne croyons donc pas cette exigence admissible.

Pour le condamné, comme pour tous les autres incapables, la loi n'admet qu'une seule chose, à savoir : la faculté de prouver que la date apparente est fausse, et que l'acte a été consenti dans un moment d'incapacité. A défaut de cette preuve, cette date est acceptée comme vraie, et l'acte, tenu pour sincère, doit être exécuté [3]. dans le doute même, il faudrait arriver à ce résultat : *In dubio standum est instrumento.*

1280. — L'art. 1322 déclare que l'acte fait foi non seulement contre la partie, mais encore contre ses héritiers et ayants cause; faut il appliquer ce dernier terme

[1] *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 166; — V. Cass., 25 janvier 1825; — Sirey, 25, 1, 345.

[2] Nancy, 5 juin 1828; — D. P. 29, 2, 114.

[3] Colmar, 30 juillet 1831; — D. P., 32, 2, 135.

aux successeurs à titre universel seulement, ou bien l'étendre aux successeurs à titre particulier?

1281. — C'est dans ce dernier sens que Toullier interprète l'art. 1322. Ainsi, dit-il, les donataires, les acquéreurs sont les ayants cause du donateur ou du vendeur, pour ce qui concerne la chose donnée ou vendue. Dès lors, l'acquéreur, par acte authentique, peut être évincé par une vente sous seing privé antérieure faisant foi contre son vendeur et, par conséquent contre lui [1].

1282. — M. Chardon proteste contre cette doctrine, il lui reproche d'entraîner à des conséquences iniques. Ainsi, dit-il, celui qui a donné ou vendu par acte authentique pourra, à son gré, révoquer la donation et annuler la vente. Il lui suffira de simuler une aliénation sous seing privé et de lui donner une date antérieure à l'acte public [2].

1283. — Ce résultat, fût-il inévitable, ne pourrait, en aucune manière, détruire l'évidence. Or, l'évidence, dans l'hypothèse qui nous occupe, est que celui à qui une chose a été transmise par legs, donation, vente ou échange, etc..., est, quant à cette chose, l'ayant cause du précédent propriétaire [3].

[1] T. VIII, nos 245 et suiv.

[2] Tom. II, nos 8 et suiv.

* [3] La doctrine de Toullier, (VIII. 245 et suiv. et X, 276 et suiv.) dont toute l'argumentation reposait sur la supposition que le mot *ayant cause* a une signification précise et invariable, a été vivement critiquée et est aujourd'hui généralement abandonnée. Il est reconnu que le sens de cette expression est essentiellement variable et relatif. — *Voy.* sur cette matière, Merlin. *Quest. de Dr.* vo Tiers, § 2

Cette doctrine amène-t-elle fatalement aux conséquences qui alarment tant M. Chardon? Non, évidemment, et cela, par cette raison bien simple, que la transmission régulièrement opérée, le nouveau possesseur n'est plus un ayant cause, et que celui de qui il tient la chose n'a pu, de ce moment, rien faire qui puisse l'engager valablement. Ainsi, ayant cause pour le passé, le donataire, l'acquéreur ou l'échangiste ne peuvent voir leur propriété se modifier ou s'effacer que par un fait qui leur soit personnel.

Or, ce que le précédent propriétaire ne peut faire directement, il lui est prohibé de le faire par une voie indirecte. L'acte sous seing privé qui paraîtrait postérieurement à la transmission publique et qui porterait une date antérieure, ne pourrait donc être opposé sans que le donateur, l'acquéreur, ou l'échangiste n'eût la faculté de le quereller comme fait en fraude de ses droits.

Nous admettons donc la doctrine de Toullier avec cette juste restriction : que le donateur, l'acquéreur ou l'échangiste est l'ayant cause de son auteur, mais à la façon des créanciers, et pouvant, comme ceux-ci, exercer un droit propre et personnel dans l'hypothèse prévue par l'art. 1167.

Dira-t-on que l'obligation de prouver la fraude et la collusion leur sera onéreuse, difficile à remplir dans certains cas ? Mais, comme nous l'avons fait observer ailleurs [1], la possession au moment de la donation ou de la vente dont ils se prévalent jouera un rôle souvent déci-

Duranton, XIII, 129 et suiv.; Du Caurroy, *Thémis*, III, p. 49 et suiv. v. p. 6 et suiv.; Bonnier. II, 700; Larombière, IV, art. 1328, nos 2-7; Demolombe, XXIX, 526-531; Aubry et Rau, VIII, § 756, note 110, p. 252 et suiv.; Marinier, *Revue pratique*, 1859, VIII, p. 413 et suiv.

[1] *Vide suprà*, no 967.

sif et fournira de puissants enseignements; nous répondrons ensuite que si les porteurs d'un acte authentique ont droit à être protégés, ce droit ne peut aller jusqu'à destituer de toute protection celui qui s'est contenté de ce dont la loi lui permettait de se contenter, à savoir : d'un titre sous seing privé. Pourquoi ne voir jamais la fraude que dans celui-ci ? Est-ce que l'acte authentique ne peut pas, dans un cas donné, n'être lui-même qu'une fraude de nature à enlever des droits sérieux, légitimement acquis ? C'est ce qui ne manquera pas, d'ailleurs, d'être allégué. Que pouvait donc faire la loi dans la perplexité où la plaçait cette double éventualité ? Uniquement ceci : permettre la recherche de la vérité par toutes les voies possibles, autoriser la partie réduite à alléguer la fraude, à la prouver par témoins et par présomptions, et s'en rapporter, pour l'appréciation des uns des autres, à la prudence et à la sagesse du juge.

1284. — Une autre exception à la règle tracée par l'art. 1322 et sur l'inadmissibilité de la partie à prouver par témoins la simulation dont elle excipe, se réalise lorsque, par sa nature et par ses conséquences, la simulation constituerait la violation d'une loi prohibitive. Ainsi, la lettre de change n'est parfaite que par la réalisation du contrat de change, c'est-à-dire qu'elle a pour but de faire retirer dans une place la somme reçue dans une autre. Cette condition étant indispensable pour que le souscripteur puisse être contraint par corps, il arrive que ceux qui ne traitent qu'en vue d'acquérir cette puissante garantie, ont soin d'exiger une lettre qu'ils rendent parfaite en simulant la remise de place en place.

Cette simulation, la loi ne saurait la tolérer. Aussi, et

malgré la complicité qu'en a assumée le souscripteur, il est non seulement admis à s'en plaindre, mais encore recevable à la prouver par témoins et par présomptions. Des arrêts l'ont même fait résulter de ce que le tireur n'est pas négociant et de ce qu'il a son domicile ailleurs qu'au lieu d'où la lettre a été tirée [1].

Le tireur pouvant prouver, par témoins et par présomptions le défaut de remise de place en place, est également recevable à établir, par les mêmes modes toutes les autres suppositions dont la lettre de change est susceptible. C'est ce qui a été maintes fois décidé pour la supposition soit de nom, soit de domicile, soit de qualité, soit de cause, malgré que l'art. 112 du Code commercial se taise sur celle-ci [2].

1285. — Cette exception à la règle de la foi due à l'acte et de l'inadmissibilité de la preuve orale contre le titre écrit en faveur de la partie, tient à un double motif:

1° En matière commerciale, la preuve orale est de droit commun. Ce, motif qui pourrait paraître péremptoire, ne rend pas suffisamment raison de l'exception admise. En effet, on peut reconnaître qu'on puisse, devant la juridiction commerciale, prouver par témoins l'existence d'une opération contestée, d'une obligation, d'un payement, sans qu'il doive en résulter, comme conséquence forcée, la faculté de prouver contre le titre et d'exciper d'une simulation à laquelle on a soi-même participé. Ce qui rend, en matière commerciale, la preuve testimoniale admissible,

[1] Bruxelles, 28 juin 1810.

[2] Cass., 25 juillet 1815, 22 juin 1825, 20 juin 1810; . — Limoges, 10 mars 1808; Bruxelles, 3 juillet 1812.

c'est que la rapidité, indispensable dans les opérations, ne rend pas toujours possible une preuve littérale. Mais lorsque celle-ci existe, lorsqu'une obligation a été écrite et signée, le souscripteur ne saurait raisonnablement prétendre n'avoir pas eu le moyen de constater la simulation dont il se plaint. On pourrait donc, lui opposant son propre fait, le soutenir légalement non-recevable à prouver contre ce qu'il a écrit et signé lui-même. La règle *nemo auditur*, etc.... n'est pas exclue de la matière commerciale;

2° La lettre de change entraîne la contrainte par corps et personne ne peut se soumettre à cette voie rigoureuse, hors des cas où elle est formellement autorisée par la loi. Toute convention contraire, quelque expresse qu'elle fût, resterait sans force et sans effets possibles.

Or, signer une lettre de change, c'est accepter la contrainte; la signer lorsqu'il n'y a pas remise de place en place; c'est consacrer une simulation dans l'objet d'éluder cette prohibition, que le législateur considère comme d'ordre public. Dans ce cas, la recevabilité de la preuve testimoniale en faveur de la partie elle-même, n'est plus que la conséquence de cette règle : Qu'en matière de fraude à une loi d'intérêt général, tout ce qui a été fait l'a été illégalement; et qu'une nullité absolue peut toujours être invoquée, quelle que soit la part qu'on ait prise à l'acte qui en est atteint, n'étant donné à personne de méconnaître et de violer une prescription d'ordre public.

Ce caractère appartient essentiellement à tout ce qui se rapporte à la contrainte par corps. Conséquemment, celui qui s'y est volontairement soumis, hors des cas prévus, peut toujours se faire relever d'un engagement qui ne pouvant être expressément stipulé, ne saurait

être validé, par cela seul qu'il aurait été pris par une voie détournée.

Ainsi, et alors même que le premier motif devrait être écarté, le second rend suffisamment raison d'une solution n'ayant jamais souffert aucune difficulté ni en doctrine, ni en jurisprudence[1].

1286. — En résumé donc, la simulation dans les caractères de l'acte ou sur ses conditions lie irrévocablement les parties. Le titre, tel qu'il résulte de leur volonté simultanée, est valable et fait entre elles la loi irrévocable qu'on ne peut détruire que par une preuve écrite.

Mais ce principe reçoit exception lorsque, soit sous le rapport de la capacité des parties, soit sous celui des conséquences de l'acte même, la simulation dégénère en une règle d'ordre public ou d'intérêt général. Dans ce cas, la partie elle-même peut poursuivre la nullité de son engagement et établir ses prétentions par la preuve testimoniale, par les présomptions même.

* [1] La contrainte par corps est abolie en matière civile et commerciale. — L. 22 juillet 1867.

CHAPITRE II.

Fraude concertée contre la loi.

SOMMAIRE

1287. Effets de la fraude contre la loi.
1288. Nature de la seule difficulté qu'elle fait surgir.
1289. Objections soulevées contre l'admission de la preuve orale entre parties.
1290. Distinction qu'on doit suivre en cette matière.
1291. Fondée sur la différence des motifs de la prohibition.
1292. La prohibition, dans un intérêt privé, est une faveur à laquelle la partie peut renoncer.
1293. Il n'en est pas de même de celle fondée sur l'intérêt général.
1294. Conséquences.
1295. Importance de cette distinction pour l'assimilation que l'art. 1131 fait du défaut de cause ou de la cause fausse avec la cause illicite ou immorale. Conséquences.
1296. La contre-lettre établissant la preuve de la fraude à la loi, celle notamment qui dissimule le prix réel d'une vente, est-elle nulle entre les parties ?
1297. Opinion de M. de Plasman pour l'affirmative.
1298. Réfutation.
1299. Etat de la jurisprudence.
1300. Conclusion.

1301. Contre-lettres en matière de cession d'office.
1302. Solutions consacrées par la jurisprudence.
1303. Critique d'un arrêt de la Cour de cassation, intervenu entre un père et son fils, par M. Dalloz. Réfutation.
1304. La répétition de ce qui a été payé en vertu d'une contre-lettre était une conséquence inévitable de la jurisprudence.
1305. Caractère juridique de cette répétition.
1306. Réponse à une objection tirée du silence de la loi de 1861.
1307. Une autre conséquence de la nullité de la contre-lettre, est que le traité secret ne peut être ratifié ni expressément ni tacitement.
1308. L'action en nullité et celle en restitution peuvent être exercées par la caution.
1309. Le cessionnaire de l'office pouvant opposer la nullité au cédant, peut-il s'en prévaloir contre les tiers ayant payé à sa décharge et se dispenser de les rembourser.
1310. Admissibilité de la preuve testimoniale pour établir l'existence du traité secret.
1311. Par quel délai se prescrivent l'action en nullité et celle en répétition ?
1312. Origine et effet de l'inaliénabilité de la dot.
1313. Caractère de la prohibition.
1314. Nature de la nullité résultant de sa violation.
1315. Conséquences, par rapport aux tiers-acquéreurs du fonds dotal.
1316. Leurs droits, suivant qu'ils ont connu ou ignoré le caractère de dotalité.
1317. Arrêt de la Cour de cassation qui leur refuse le droit de poursuivre la nullité, même dans le cas d'ignorance. Dissentiment.
1318. *Quid*, si la vente est le résultat de manœuvres frauduleuses de la part des époux ? Le silence sur le caractère de la dotalité constitue-t-il une manœuvre frauduleuse ?
1319. L'art. 1560 confère le droit de faire annuler la vente du bien dotal, au mari, à la femme et à ses héritiers.

1320. Pendant le mariage, et avant toute séparation, la poursuite appartient au mari seul.
1321. Le mari, héritier de sa femme, pourra-t-il, en cette qualité, poursuivre la nullité de la vente du fonds dotal, qu'il a consentie pendant le mariage?
1322. Distinction faite par M. Bellot; critique qu'en fait M. Dalloz.
1323. Réfutation.
1324. La bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur est donc une circonstance décisive pour la solution de notre question.
1325. Le mari, dans le silence de l'acte; pourra-t-il prouver que l'acquéreur a connu la dotalité?
1326. Obligation pour le mari de restituer le prix, même lorsqu'il n'est pas tenu d'indemniser l'acquéreur.
1327. Etendue de cette obligation pour la femme ayant vendu seule.
1328. Exception que le mari peut invoquer contre la restitution du prix.
1329. Fondement de l'action en revendication conférée à la femme.
1330. Epoque à laquelle elle est recevable à l'intenter.
1331. Le droit de la femme passe à ses héritiers.
1332. L'acquéreur évincé n'a, dans aucun cas, le droit de rétention jusqu'après paiement.
1333. La vente du fonds dotal peut-elle devenir la matière d'un cautionnement valable?
1334. Opinion de Merlin. Appel erroné qu'il fait à celles de Serres et de Duperier.
1335. Caractère juridique de l'affirmative.
1336. Réfutation des considérations invoquées par Merlin.
1337. Discussion au conseil d'Etat.
1338. Jurisprudence.
1339. La femme, peut-elle cautionner elle-même la vente du fonds dotal?
1340. Arrêt notable de la Cour d'Aix.
1341. Les époux vendant, comme bien libre, le fonds dotal, peuvent-ils être considérés comme stellionataires?

1342. Les créanciers du mari ou de la femme peuvent-ils poursuivre l'action eu révocation appartenant à l'un ou à l'autre ?

1343. *Quid* des créanciers des héritiers de la femme ?

1344. Exceptions que le droit de ceux-ci comporte.

1345. Autre exception tirée de la ratification.

1346. Caractère que doit offrir la ratification tacite.

1347. Indépendamment de la ratification émanée de la femme elle-même, ses héritiers pourront être repoussés par la ratification qui leur serait personnelle.

1348. Autre exception tirée de la prescription. Son point de départ.

1349. Par quel délai est-elle acquise ?

1350. La fraude ayant pour objet une atteinte à la liberté individuelle, ou la dissimulation d'une incapacité, est une fraude contre une loi d'ordre public.

1351. Difficultés que pourra soulever le titre simulé. Mode d'appréciation.

1352. L'inexécution d'une promesse de mariage donne-t-elle lieu à des dommages-intérêts ?

1353. L'illégalité de cette promesse entraîne la nullité du dédit stipulé.

1354. *Quid* du dédit dissimulé sous l'apparence d'une obligation pure et simple.

1355. Admissibilité de la preuve testimoniale.

1356. Jurisprudence.

1357. Caractère de la renonciation à une succession future, dans le droit romain et sous l'ancien droit français.

1358. Sous l'empire du Code, la prohibition est l'ordre public.

1359. Conséquences quant à la nullité de la renonciation directe ou indirecte.

1360. La simulation sera plus ou moins facilement appréciable, suivant qu'il s'agira d'un traité de cohéritier à cohéritiers ou d'un traité entre une personne et un tiers, son héritier présomptif ou non.

1361. Toutefois la véritable intention des parties peut résulter de la nature même de la chose faisant la matière du traité.

1362. Caractères de la vente du mobilier qu'on délaissera à son décès.

1363. La nullité dont un pareil traité est vicié est indivisible; elle s'appliquerait donc même aux immeubles pour lesquels il y aurait eu désinvestissement actuel.

1364. Ce qui est applicable à l'universalité d'une succession s'appliquerait soit à une quotité, soit à un corps certain et déterminé.

1365. Le pacte sur succession future peut être ratifié après l'ouverture de la succession.

1366. Conséquences par rapport à la prescription.

1367. Arrêt d'Aix, exigeant la prescription trentenaire. Réfutation.

1368. Opinion de Zachariæ, de Toullier et de Rolland de Villargues.

1369. Position des enfants naturels, sous l'empire du droit romain.

1370. Dispositions de l'ancien droit, abrogées par les lois intermédiaires.

1371. Dispositions du Code civil. Droit des enfants adultérins ou incestueux.

1372. Prohibition de les reconnaître. Son origine, ses motifs.

1373. Défense de rechercher la maternité, lorsque le résultat doit être l'adultère ou l'inceste.

1374. Utilité, toutefois, de l'art. 762.

1375. La reconnaissance illégalement faite confère-t-elle à l'enfant le droit d'exiger des aliments? Peut-on en exciper contre lui pour faire réduire les donations qu'il a reçues?

1376. Opinion de Merlin pour l'affirmative.

1377. *Idem* de Toullier.

1378. L'opinion contraire, soutenue par M. Chabot, paraît plus conforme à la loi.

1379. Solutions, dans ce sens, de la Cour de cassation.

1380. Critique qu'en font MM. Teulet et Dauvilliers. Réfutation.

1381. Opinion de M. Chardon.

1382. Réponse par MM. Marcadé et les annotateurs de Zachariæ, à deux objections sur lesquelles se fonde la doctrine contraire.
1383. Conclusion.
1384. Dans le cas d'une découverte accidentelle de la qualité d'adultérin ou d'incestueux, toutes donations faites par le père sont essentiellement réductibles.
1385. Droits de l'enfant naturel simple.
1386. Faculté pour les parents de le reconnaître. Comment elle peut être exercée.
1387. La femme mariée peut faire cette reconnaissance sans l'autorisation de son mari.
1388. Précautions prises par la loi pour les reconnaissances faites pendant le mariage.
1389. Exception à la règle de l'art. 337.
1390. La reconnaissance régulièrement faite est irrévocable, sauf le cas de dol, de fraude et de violence.
1391. L'enfant est libre d'en récuser le bénéfice et de la contester.
1392. Motifs de cette disposition.
1393 L'enfant contestant doit-il prouver la fausseté de la déclaration ?
1394. Distinction admise par un arrêt de la Cour de Montpellier.
1395. Caractère juridique de cette distinction.
1396. Effet de la reconnaissance définitivement acquise.
1397. Conséquences de l'incapacité de l'enfant naturel de rien recevoir au delà de la réserve de l'art. 757.
1398. Droit des héritiers de faire prononcer la réduction de tous avantages indirects.
1399. Le père pourra-t-il poursuivre la nullité des actes qu'il aurait simulé pour avantager le fils naturel ?
1400. *Quid* du légataire universel ?
1401. Comment faudrait-il résoudre ces questions, s'il s'agissait des incapables dont parle l'art. 909 ?

1287. — La loi doit recevoir sa pleine, franche et loyale exécution. Ce principe, qui est la première et la

plus puissante sauvegarde de toute société, n'est contesté par personne, mais l'intérêt privé, aux prises avec l'intérêt général, le fera souvent méconnaître et violer.

Cette violation ne sera presque jamais explicite et formelle. L'incontestable sort qui lui est réservé amènera fatalement à cette conséquence : que la désobéissance à la loi empruntera les dehors les plus légitimes, l'apparence la plus inoffensive. L'essentiel, en effet, est de paraître se conformer à la loi, tout en la violant.

Mais, quel que soit le déguisement auquel on aura recours, quelle qu'en soit la légalité apparente, la fraude, dépouillée des oripeaux qui la couvrent, sera condamnée à la plus rigoureuse impuissance. La preuve de son existence enlèvera à la convention toute force légale, tout lien obligatoire ; elle sera censée n'avoir jamais existé.

1288. — Cet effet incontestable de la fraude à la loi n'a jamais pu être, n'a jamais été contesté par personne ; aussi, l'unique difficulté que cette matière à pu soulever, se rapporte exclusivement au mode d'après lequel la fraude est susceptible d'être constatée.

Cette difficulté même se concentre dans ce qui concerne les parties ; elle n'a jamais pu sérieusement s'élever à l'endroit des tiers. Ceux-ci, en effet, ont toujours le droit d'échapper au préjudice dont ils sont menacés, et ce droit leur confère nécessairement le pouvoir d'établir et de prouver la fraude concertée à leur détriment. Leur refuser, dans une pareille occurrence, le secours de la preuve testimoniale, c'était d'avance condamner leurs efforts à l'impuissance la plus absolue, méconnaître, à leur encontre, les principes d'une justice exacte, violer expressément la loi elle-même. En effet, l'art. 1348 con-

fère la faculté de prouver par témoins à celui qui n'a pu se procurer la preuve littérale. Or, qui mieux que les tiers s'est jamais trouvé dans une pareille impuissance?

1289. — L'unique difficulté à cet égard ne pouvait donc se présenter que relativement aux parties contractantes. Fallait-il les admettre à prouver par témoins contre leur propre fait? La négative a été soutenue; on a dit que rien ne les contraignait à souscrire à une violation de la loi; pouvant léser leurs intérêts; qu'elles ont été à même de se procurer la preuve écrite; qu'il n'y avait rien d'immoral à maintenir le préjudice qu'elles se sont volontairement occasionné par leur désobéissance formelle à la loi; que ce qui était véritablement immoral, c'était de faciliter l'accès de la justice à celui qui n'avait d'autre titre à invoquer que sa propre turpitude.

1290. — Une pareille doctrine ne nous paraît pas admissible dans le sens absolu et rigoureux qu'on veut lui donner. Parfaitement juridique dans une certaine mesure, elle serait fausse et dangereuse au delà; elle comporte donc un tempérament équitable, de nature à concilier, dans de justes proportions, les sentiments qu'excite la conduite de la partie avec le respect dû à la loi.

Nous admettons donc la prohibition absolue, contre la partie, de toute preuve testimoniale, dans le cas d'une simulation dans la nature du contrat. Nous nous sommes expliqués, à cet égard, dans la précédente section. Quant à la fraude à la loi, nous dinstinguons suivant que le but que se sont proposé les parties est prohibé dans un intérêt privé, ou dans un intérêt général ou d'ordre public.

1291. — En effet, toutes les prohibitions, toutes les prescriptions légales n'ont pas été sanctionnées au même titre. Il en est dont l'exécution est réclamée par l'intérêt social, parce que leur violation aurait des conséquences funestes pour toute une classe de citoyens ou pour tous les citoyens. Le principe qui a dicté les autres n'est que la conséquence de la protection que, dans un intérêt relatif, le législateur a voulu assurer, dans de certaines limites, à tel ou tel droit privé dont il a cru devoir surveiller l'exercice.

1292. — Ces dernières constituent une faveur à laquelle peut renoncer celui que la loi appelle à en jouir. Dès lors, si la fraude est dirigée contre l'une d'elles, la partie n'est pas recevable à la prouver par témoins. Cette fraude n'est qu'une renonciation tacite à un bénéfice qu'on pourrait expressément répudier, et rien ne défend de faire d'une manière indirecte, ce qu'on a la faculté de faire directement.

Ainsi, nous avons vu que l'acte onéreux, déguisant une libéralité, était maintenu, malgré qu'il n'offre pas, dans sa confection, les formes prescrites pour la donation. Cependant, pour celle-ci, l'exécution de ces formes est ordonnée à peine de nullité. Mais cette nullité est surtout dans l'intérêt privé du donateur, il a donc pu y renoncer, et c'est ce qu'il a fait en choisissant un autre mode de disposition. A quel titre prétendrait-il, tardivement et après coup revendiquer un bénéfice qu'il a volontairement répudié ? Il n'a pas voulu suivre le conseil que la loi lui donnait, il n'a plus qu'à subir les conséquences de ce qu'il a librement et volontairement exécuté : *Invito non datur beneficium.*

1293. — Mais la même indifférence n'est plus possible, lorsque la prohibition éludée est d'ordre public. Son caractère général, non moins que les conséquences de son inexécution, protestent sans cesse contre sa violation. Qu'arriverait-il si on tolérait qu'un débiteur pût éluder la prohibition de se soumettre à la contrainte par corps, hors des cas déterminés [1] ; si les biens arrachés par le médecin ou le confesseur, par des donations sous forme de contrat à titre onéreux, devaient leur appartenir irrévocablement, ou bien encore si, à l'aide d'un déguisement, le père de famille pouvait impunément et sans retour subir les conséquences d'une spoliation qu'il a réalisée dans un moment d'entraînement et de colère? Il y aurait là, sans doute, des intérêts privés fortement compromis, mais l'intérêt général ne serait pas moins froissé, et la plaie qui lui est faite doit autoriser un recours que celle subie par les premiers ne justifierait pas suffisamment.

1294. — Ainsi, la fraude à une loi d'intérêt privé est obligatoire pour celui qui a concouru à sa réalisation. Il ne pourra en être relevé que par la preuve écrite qu'il s'en sera procurée. La fraude contre une loi d'ordre public peut toujours être prouvée par témoins [2], et cette preuve, la partie elle-même peut l'invoquer.

* [1] La contrainte par corps est supprimée en matière civile et commerciale, L. 22 juillet 1867.

* [2] L'art. 1353 dispose que de simples présomptions suffisent pour prouver le dol et la fraude, et s'applique, par conséquent, à la fraude à la loi, comme à la fraude envers les personnes. Req. 8 juill. 1857, Sir., 58, 1, 195; 18 août 1862, Sir., 63, 1, 265 ; 20 mars 1865, Sir., 65, 1,208 ; 22 nov. 1869, Sir., 70. 1, 39. — Dès que la fraude à la loi peut

1295. — C'est à l'aide de cette distinction que doit se résoudre une difficulté résultant des termes de l'art. 1131 du Code civil. Cet article, a-t-on dit, met sur la même ligne le défaut de cause, la cause fausse et la cause illicite. Dès lors la partie, admise à prouver par témoins l'existence de celle-ci, doit l'être à justifier, par le même mode, celle des deux autres.

C'est là prêter à l'art. 1131 une intention qui n'a jamais été dans la pensée du législateur. L'article 1131 ne fait qu'une seule chose, il proclame, quant au résultat une parfaite identité entre la cause illicite et la fausse cause et l'absence de cause, c'est-à-dire que l'obligation, nulle dans la première hypothèse, l'est également dans les deux autres.

Mais, comment établira-t-on qu'il n'y a pas de cause, ou que la cause énoncée n'est pas vraie? La cause n'a pas même besoin d'être exprimée, c'est ce qui résulte de la disposition de l'art. 1132. Il faut donc admettre que l'absence de cause dont s'occupe l'article précédent, ne s'entend que du cas où le titre énonçant une cause, n'en à réellement aucune, parce que celle indiquée est fausse et qu'il n'en existe pas d'autre comme, par exemple, dans la simulation absolue.

Mais, dans cette hypothèse, on se trouvera en présence des articles 1319 et 1322. La foi due à l'acte ne pourra être ébranlée tant que le créancier se retranchera derrière ses expressions. Les allégations du débiteur seront donc évidemment sans objet, à moins qu'appuyées sur une preuve littérale, elles ne justifient soit la fausseté de la cause, soit l'absence de toute cause. Dans l'un

être établie par de simple présomptions, il n'y a aucune raison sérieuse pour refuser de la prouver par témoins.

et l'autre cas, la preuve testimoniale est inadmissible par application de l'art 1341. S'il en était autrement, il faudrait admettre qu'une vente, simulée en fraude des droits des créanciers, pourrait être déclarée telle sur la demande de l'auteur principal de la simulation, qui pourrait la prouver par témoins. Or, le contraire est universellement admis.

Ainsi, en principe, la nullité résultant de la fausse cause ou du défaut de cause est toute dans l'intérêt privé des parties. Cela admis, la simulation de la cause rendant le contrat régulier, fait disparaître le motif de la nullité. L'auteur de cette simulation pouvait en éviter les conséquences soit en ne pas la consentant, soit en se faisant délivrer la preuve écrite de son existence. S'il a manqué à ce devoir, il doit supporter les conséquences de son imprudence et de sa légèreté. Suffisamment prévenu de ces effets, il ne peut demander à la loi une protection que l'exécution de ses prescriptions lui aurait assurée.

Il n'en est pas de même de la cause illicite. La loi ne peut admettre que ce qui a pour objet d'éluder les préceptes de la morale, l'exigence des bonnes mœurs ou les dispositions d'ordre public, puisse jamais produire aucun effet. La volonté contraire des parties ne pouvait, dans aucun de ces cas, prévaloir contre ses prohibitions, sur lesquelles nul n'a pu transiger. Tout ce qui a été fait en sens contraire doit donc s'effacer et disparaître.

Or, comment atteindre à ce résultat si les parties elles-mêmes ne peuvent, se prévalant de ce caractère de la fraude, en prouver l'existence même par témoins ? Ne suffit-il pas, pour faire admettre le contraire, de considérer que le résultat de cette doctrine conduirait infailli-

blement à mettre la loi dans l'impuissance de réprimer ce qu'elle condamne d'une manière formelle.

Ainsi, il y a identité dans les résultats, dans la cause illicite, dans la fausse cause et dans le défaut de cause, mais l'allégation de la première rend la preuve testimoniale admissible pour les parties elles-mêmes. L'existence des deux dernières ne peut être établie que par la preuve écrite, sauf les droits des tiers qui n'y ont pas concouru.

1296. — La preuve littérale résulterait, dans tous les cas, de la contre-lettre souscrite par les parties. Mais son existence ayant pour objet de favoriser la violation de la loi, on a prétendu, dans certains cas, l'annuler même à l'endroit des parties entre elles. C'est notamment ce qu'on a prétendu pour les contre-lettres établissant un supplément de prix dans les cas de vente.

C'est, en effet, ce qui résultait de la loi du 22 frimaire an VII, dont l'art. 30 déclarait nulle et de nul effet, même à l'égard des parties contractantes, toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix porté dans un contrat de vente. Par application de cette disposition, la Cour de cassation décidait, par arrêt du 10 janvier 1809, que la demande en supplément de prix, formée par le vendeur et fondée sur une contre-lettre devait être repoussée. Ainsi, on arrivait à ce singulier résultat que la responsabilité de la fraude retombait tout entière sur celui qui n'y avait aucun intérêt. En effet, la dissimulation du prix ne pouvait avoir pour résultat que d'éluder le droit d'enregistrement sur la partie non déclarée. Or, ce droit étant à la charge de l'acquéreur, on peut supposer que la dissimulation était son fait plutôt que celui du vendeur,

et cependant on faisait perdre à celui-ci une partie du juste prix, tandis que l'acquéreur, qui y avait trouvé d'abord l'avantage de ne payer aucun droit d'enregistrement, y trouvait encore celui de s'exonérer de la dette légitime qu'il s'était imposée, et obtenait ainsi la chose sans en payer le prix.

Ce résultat était inique et parut tel au rédacteur du Code. Aussi a-t-il voulu le proscrire lorsque, s'occupant des contre-lettres, il a édicté l'article 1321. Aux termes de sa disposition, les contre-lettres ne peuvent avoir effet qu'entre les parties contractantes; elles n'en ont aucun contre les tiers, seconde règle non moins juste, non moins équitable que la première.

1297. — Il semble qu'une disposition de ce genre était de nature à empêcher, à l'avenir, toute controverse sur l'applicabilité de la loi de frimaire an VII, il n'en a rien été cependant. L'affirmative a été soutenue contrairement à l'opinion de MM. Delvincourt, Toullier, Duranton et Chardon, notamment par M. de Plasman, auteur d'un traité spécial sur les contre-lettres [1].

Cet auteur pense donc que les contre-lettres en matière de vente sont encore régies par la loi de l'an VII, que le Code civil n'a pas formellement abrogée. En l'état du silence gardé à cet égard, cette loi spéciale, et toute dans l'intérêt de l'Etat, n'a pas été atteinte. L'article 1321 ne règle que l'effet des contre-lettres en général, tandis que l'art. 40 de la loi ne s'occupe que des contre-lettres *in specie*, de celles qui ont pour objet d'augmenter le prix contenu dans l'acte de vente. Or, dans le concours

[1] Partie 1re, § 3.

d'une loi générale, et d'une autre spéciale, celle-ci doit être préférée en vertu de la règle :

Et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.

Il est donc impossible, continue M. de Plasman, de soutenir, en principe strict de droit, que l'art. 1321 abroge une disposition avec laquelle il n'a pas un rapport direct. Le principe qu'il consacre n'existait pas sous l'ancienne jurisprudence. Alors, les contre-lettres avaient effet, même à l'égard des tiers. Dès-lors, le législateur n'a eu pour but, dans la nouvelle, que de consacrer le principe que les contre-lettres ne doivent produire effet qu'entre les parties contractantes seulement, sans s'occuper, en aucune manière, des lois créées dans l'intérêt du fisc, sans vouloir ni les approuver, ni les détruire.

1298. — En fait, comme en droit, ces raisons manquent de justesse et de portée.

En principe, les lois nouvelles détruisent les anciennes, en tout ce qu'elles ont d'inconciliable et de contraire. Ce principe admis, il faut rechercher quel était l'état des choses, au moment où le Code civil allait être promulgué. Or, cet état des choses, M. de Plasman nous l'indique lui-même, c'était : d'une part, la jurisprudence ancienne permettant d'opposer aux tiers l'effet d'une contre-lettre ; de l'autre, la loi de l'an VII déclarant certaines d'elles non seulement non opposables aux tiers, mais encore sans effets entre les parties. Le Code a donc trouvé les contre-lettres divisées en deux catégories bien tranchées.

Supposez qu'il n'ait pas voulu admettre cette division et qu'entendant les ranger toutes dans une même catégorie, il ait entendu leur faire produire à toutes le même

effet, comment aura-t-il procédé? Évidemment pas autrement que de les comprendre toutes, sans exception, dans une disposition unique. Or c'est précisément ce qu'a fait l'art. 1321; peut-on dès-lors douter de ses intentions et des effets s'y rattachant? M. de Plasman avouera que sa seconde disposition, celle relative aux tiers, s'applique aux contre-lettres en matière de vente comme à toutes les autres. Pourquoi donc seraient-elles exceptées de la règle tracée par la première disposition? Où s'arrêtera d'ailleurs cette exception purement arbitraire? Après les contre-lettres en matière de vente, viendront celles pour échange, pour donation, etc... Et, d'exception en exception, la règle générale ne régira plus rien.

Que dans le concours d'une loi générale avec une loi spéciale, il faille recourir à celle-ci, nous l'admettons, mais peut-on contester à la première le droit d'abroger la seconde qui lui est antérieure. Or l'abrogation n'a pas toujours besoin d'être formellement exprimée, elle résulte énergiquement du caractère inconciliable des deux dispositions. Or ce caractère fût-il jamais plus énergique qu'entre le texte du Code et celui de la loi de l'an VII.

Il suffirait donc de ce texte pour repousser l'opinion de M. de Plasman. Que sera-ce donc lorsque, s'en référant à la discussion législative, on arrivera à ce résultat que c'est surtout la loi de l'an VII que l'art. 1321 a voulu atteindre. On va juger si notre proposition est le moins du monde hasardée.

Le premier projet du Code ne disait rien sur les contre-lettres, et ce silence avait été imité par la commission.

Ce qui les signala à l'attention du législateur fut une proposition de M. Duchâtel, demandant qu'on les pros-

crivit d'une manière absolue. L'usage des contre-lettres, disait-il, tendant à déguiser les conventions, il en résulte des fraudes contre les particuliers, et toujours contre le trésor public.

« M. Regnault de Saint-Jean-d'Angély dit qu'un jugement vient d'annuler une contre-lettre ajoutant au prix d'une vente.

« M. Bignot de Préameneu soutient que les contre-lettres ne doivent être annulées que lorsqu'elles sont frauduleuses.

« M. Berlier dit que la proposition de M. Duchâtel lui paraît, dans sa généralité, propre à produire un mal plus grand que celui qu'on a voulu éviter.

« Il a été, ajoute-t-il, au titre du mariage, pourvu au sort des contre-lettres qui pouvaient y être relatives, et c'est en cette matière qu'il importait le plus de parer aux abus, parce que c'est là qu'ils sont les plus fréquents, principalement ceux qui touchent à la substance du pacte.

« Mais, dans une foule d'autres contrats qui ont eu lieu entre les hommes, ne serait-il pas souvent injuste de ne considérer comme valable que l'acte authentique, en rejetant les modifications contenues dans la contre-lettre? Ne serait-ce pas dénaturer les conventions? Et le législateur le doit-il, lors surtout qu'il peut y avoir des contre-lettres qui n'aient point eu pour objet de déguiser la convention primitive, mais d'en fixer le sens, ou d'en réparer les omissions ?

« A la vérité, les contre-lettres ont souvent lieu pour éluder ou pour affaiblir les droits dus au trésor public; mais c'est par des amendes, et non par la peine de nullité, que cette espèce de fraude peut être atteinte et punie,

dans aucun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des parties pour augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles se sont imposées.

« Le consul Cambacérès dit qu'il existe déjà une disposition législative contre l'usage des contre-lettres (loi du 7 frimaire an VII), mais elle ne lui semble pas juste, ces actes doivent avoir tout leur effet entre les parties, il suffit, pour en prévenir l'abus, de les soumettre au droit d'enregistrement, lorsqu'ils sont produits.

« Tronchet observe qu'il faut en effet distinguer : une contre-lettre doit être valable entre les parties, et nulle contre les tiers. Or, la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte [1]. »

Après quelques observations de M. Defermon, dans le même sens, la proposition fut renvoyée à la section qui proposa et fit adopter l'art. 1321, tel qu'il est inscrit dans le Code.

Eh bien, nous le demandons, peut-il exister le moindre doute sur la portée de ce texte et sur l'intention du législateur. Est-il possible surtout de prétendre qu'il ait voulu maintenir une législation que le consul Cambacérès flétrissait comme injuste, et dont personne n'osa prendre la défense; nous pensons donc qu'il est inutile d'insister, et que nous pouvons conclure avec toute certitude. L'art. 1321 a voulu surtout abroger la loi de frimaire an VII, et l'a formellement abrogée.

M. de Plasman trouve mauvais que M. Toullier ait fait ressortir énergiquement l'immoralité du résultat consacré par une législation que Cambacérès appelait injuste. Il reconnaît cependant qu'il est odieux qu'un acquéreur,

[1] *Procès-verbaux*, séance du 2 frimaire an II.

se jouant des promesses les plus solennelles, puisse retenir la propriété sans en payer le prix réel et convenu. Mais ce qui est non moins immoral, ajoute-t-il, c'est de voir le vendeur et l'acquéreur s'entendre pour tromper la loi et frauder le trésor public.

C'est donc surtout dans l'intérêt de celui-ci que M. de Plasman se prononce pour la nullité absolue. Or, qu'on nous permette de le dire, s'il y a un système qui puisse préjudicier aux droits du fisc, c'est incontestablement celui que soutient M. de Plasman. Quelles seront, en effet, les conséquences de la nullité absolue? Qu'on ne fera plus de contre-lettres. C'est possible! Mais la fraude qu'avec raison blâme M. de Plasman, se perpétuera tant que les acquéreurs auront intérêt à payer le moindre droit d'enregistrement possible, seulement on prendra d'autres mesures pour assurer la fraude, telle par exemple, que le dépôt ou le payement comptant de la partie du prix qu'on voudrait dissimuler; et, de tout cela, il arrivera que le fisc n'entendra jamais parler de ce supplément et ne pourra jamais le soumettre à aucuns droits.

Combien Cambacérès entendait mieux les intérêts du trésor public! Valider la contre-lettre, c'est, en cas de difficulté, en favoriser la production; c'est même forcer cette production en cas de contestation. La connaissance acquise par cette production, le fisc pourra se faire payer avec usure des droits dont on a voulu le frustrer.

Ainsi, indépendamment de ce qu'il est contraire à la loi, le système de M. de Plasman à le défaut de se placer en opposition directe avec l'intérêt qu'il prétend protéger. Il est donc, sous l'un et l'autre rapport, complètement inadmissible.

1299. — Cependant il a été consacré par deux arrêts de la Cour de cassation, des 13 fructidor an II et 10 janvier 1809. Nous ne dirons rien du premier, car antérieur à la promulgation de l'art. 1321, il demeure forcément sans influence sur une question qui n'a pu naître que depuis cette promulgation.

Quant au second, rendu sous l'empire du Code, il a jugé plutôt une question de non-rétroactivité qu'une difficulté se référant à son influence sur la législation précédente. Il suffit, en effet, de faire remarquer que l'arrêt dénoncé à sa censure avait statué sur une contre-lettre antérieure au Code civil, qu'il avait pourtant validée par application de l'art. 1321.

Aussi le pourvoi se fondait-il sur la violation de l'art. 40 de la loi de l'an VII, et pour fausse application de l'art. 1321. Il est vrai qu'à l'appui de ce dernier moyen, le demandeur soutenait que la règle générale de l'art. 1321 n'avait pu abroger la loi spéciale à la matière.

Mais ce second moyen n'est pas même abordé par la Cour de cassation, elle se borne à viser dans son arrêt l'art. 40 de la loi de l'an VII, dont elle fait application. Ce n'est que dans le sommaire de l'arrêtiste qu'on lit ces mots : *il n'a pas été dérogé à cette loi par l'art.* 1321, mais c'est là un principe que l'arrêt ne juge pas, par l'excellente raison qu'il n'avait pas à le décider; la seule législation applicable était la loi de l'an VII, sous l'empire de laquelle la contre-lettre avait été créée.

Ce que la Cour n'a pas jugé en 1809, elle l'a décidé, mais en sens contraire, le 10 janvier 1819, et depuis elle a persisté dans la jurisprudence dans laquelle la plupart des Cours d'appel l'ont suivie.

Il existe encore un arrêt dont se prévaut M. de Plas-

man, c'est celui rendu par la Cour de Metz, le 17 février 1819, Mais cet arrêt, qui n'est peut-être dû qu'à la fausse interprétation donnée à celui de la Cour de cassation, du 10 janvier 1809, ne saurait prévaloir, en *aucun cas*, sur les raisons que nous avons exposées sur la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, sur celle que plusieurs autres Cours ont adoptée[1].

1300. — Ainsi, et en force de l'art. 1321, les contre-lettres étant obligatoires entre les parties, deviennent la preuve littérale et décisive de la convention. C'est donc conformément aux clauses qu'elles renferment que le traité doit recevoir son exécution. Mais nous allons retrouver ici les principes que nous rencontrions tout à l'heure. La dérogation contenue dans la contre-lettre n'est valable qu'à la condition qu'elle n'aurait trait qu'à un intérêt particulier et privé. Dans le cas où la contre-lettre dérogerait à une loi d'ordre public ou d'intérêt général, son inefficacité serait absolue, même pour les parties entre elles.

1301.— On sait que la loi de 1816 a permis aux titulaires des offices de présenter un successeur à l'agrément de l'autorité, et de transmettre leur charge à titre

[1] Dijon, 9 juillet 1818; Aix, 21 févr. 1832; Cass., 15 déc. 1832; — Dalloz jeune. *Dict. général*, v° *Enregistr.*, n° 2229. — * Il est généralement admis aujourd'hui que les contre-lettres ont force obligatoire entre les parties contractantes, alors même qu'elles ont pour résultat de favoriser certaines fraudes au préjudice du Trésor public. — *Voy.* notamment Toullier, VI, 186, 187; Duranton, XIII, 103; Bonnier, n° 520; Colmet de Santerre, vol. V, n° 283 *bis*, IX; Larombière, IV, art. 1321, n° 7; Demolombe (*Contrats*), n°s 330 et suiv.

onéreux. Mais cette autorisation est subordonnée à l'approbation que doit recevoir le traité réglant les conditions et le prix de la transmission. Le but de cette réserve, que s'est faite le gouvernement, est de veiller à la sincérité du traité et d'empêcher, dans un intérêt public, toute exagération légèrement consentie, dont les suites pouvaient être funestes en grevant trop fortement l'avenir du nouveau titulaire.

Cette disposition, dont la haute utilité, dont la profonde sagesse n'a pas besoin d'être démontrée, ne doit pas être éludée, il importe que l'autorisation ne soit pas une pure formalité, un vain enregistrement. Il fallait donc prévoir les manœuvres auxquelles elle peut donner lieu, et les réprimer sévèrement.

L'autorisation pouvant seule régulariser la cession, il n'en fallait pas douter, on se mettra à même de l'obtenir en évaluant dans le traité, l'office vendu, à son juste prix, peut-être même un peu en-deçà. Mais l'intérêt privé saura bien faire sa part, et un traité secret, stipulant un supplément de prix, offrira tous les inconvénients que l'on a voulu éviter par la communication forcée du traité.

Voilà, nous ne dirons pas ce qui pourra se réaliser, mais ce qui s'est effectivement réalisé, ce qui se réalise chaque jour, et les ruines éclatantes et scandaleuses qui se sont succédées sont venues témoigner bien hautement de l'incontestable utilité des précautions du législateur.

1302. — En présence de ces catastrophes, la jurisprudence a compris le devoir qu'elle avait à remplir. Ramener les parties à la vérité, en proscrivant avec une rigoureuse sévérité tout ce qui s'en écarte, tel est

le but qu'elle s'est proposée et vers lequel elle marche avec une louable et noble persévérance.

Ainsi elle a annulé tous les traités secrets, en se fondant sur ce grand principe : que les conventions par lesquelles un supplément de prix est stipulé entre le vendeur et l'acheteur d'un office, en dehors du traité ostensible soumis à l'approbation du ministre, sont essentiellement illicites et contraires à l'ordre public, comme ayant pour objet de faire fraude aux dispositions législatives réglant, dans un intérêt général, le mode et la condition de la transmission des offices; que, dès lors, de telles conventions ne peuvent engendrer aucune obligation ni civile ni naturelle [1].

Ainsi, dans une cession d'office, il ne peut y avoir d'autre prix que celui porté au traité soumis à l'approbation du gouvernement. De quelque manière qu'un supplément de prix ait été stipulé, la convention est nulle et sans effet.

Par application de cette règle, il a été jugé :

Que la contre-lettre qui attribue les débets au vendeur, sans diminution du prix de l'office, tandis que le traité ostensible comprend les débets, avec ou sans ventilation, dans le prix de l'office, est radicalement nulle; qu'en conséquence, dans le cas où le vendeur aurait perçu les débets, il est tenu d'en rendre compte à l'acheteur [2];

Que la contre-lettre qui fixe au jour de la cession l'entrée en jouissance, que le traité indique pour le jour de la prestation du serment, est également nulle [3];

[1] Cass., 16 mars 1849; — D. P., 49, 1, 294.
[2] Cass., 8 janv. 1849; — D. P., 19, 1, 12.
[3] Cass., même jour.
[4] Cass., 29 nov. 1848; — D. P., 49, 1, 15.

Qu'il en est de même de la convention secrète portant que la cession d'un office faite par un père à son fils, sous forme de démission pure et simple, a lieu, en réalité, à titre onéreux, moyennant un prix qui sera ultérieurement fixé[4].

1303. — M. Dalloz critique cet arrêt comme enlevant la propriété aux pactes de famille, et accuse la Cour de cassation d'avoir, par une sévérité outrée, dépassé le but. Nous croyons, au contraire, que, quelque rigoureuse qu'elle paraisse, cette décision est parfaitement juridique, dictée qu'elle était par une déduction logique du principe président à la transmission des offices. Ainsi que le fait remarquer la Cour de cassation, la propriété d'un office n'est pas une propriété ordinaire dont le titulaire ait la libre disposition. La loi de 1816 ne lui confère que la faculté de présenter un successeur, que le gouvernement a toujours le droit de refuser ou d'admettre. Or, l'exercice rationnel de ce droit est impossible si, indépendamment de ce qui est relatif à la capacité et à la moralité du nouveau titulaire, toutes les conditions du traité ne sont pas fidèlement mises sous les yeux du ministre.

La plus essentielle de toutes ces conditions, est évidemment celle concernant le prix. Il importe que ce prix soit dans de justes proportions avec la valeur réelle de la charge ; que l'obligation de le payer soit de telle nature que le débiteur puisse la remplir et faire face aux intérêts en résultant par les seules ressources de la charge elle-même et par les revenus légitimes dont elle est susceptible. Il faut, en un mot, que l'engagement ne soit pas tellement onéreux que la ruine et la déconfiture du nouveau titulaire puissent être entrevues dans un temps plus ou moins

prochain. Comment le gouvernement veillera-t-il à tout cela, si le prix de la cession n'est pas même fixé au moment où son approbation est demandée ?

Il est d'ailleurs incontestable que, dans les traités ordinaires, la clause que le prix sera ultérieurement fixé ferait que l'agrément de l'autorité serait refusée, et ce refus ne serait blâmé par personne. Pourquoi en serait-il autrement, lorsque c'est le père qui cède à son fils ?

Est-ce que, dans ce cas la détermination du prix ne peut pas être exagérée et hors de toute vérité ? Est-ce que, ce cas se réalisant, le titulaire ne se trouvera-t-il pas grevé d'une charge à laquelle les revenus légaux de l'office pourront à peine suffire ? Sera-t-il moins tenté qu'un autre de se procurer, par des moyens extra-légaux, les ressources dont il manquera ? Est-ce qu'enfin, et suivant l'intérêt du moment, la détermination du prix ne sera pas le résultat de la collusion dans le but de priver les créanciers, que le titulaire peut avoir, d'une partie de l'actif sur la foi duquel ils ont traité ? Si tout cela est réellement à redouter, pourquoi se départir d'une surveillance nécessaire pour obvier à tous ces inconvénients ? On ne saurait en donner une raison plausible, et la validité d'un contre-lettre, dans ce cas, ne serait qu'une faveur accordée au mensonge et à la ruse.

Que le père et le fils aient trompé le gouvernement, c'est incontestable. L'apparence d'une démission pure et simple, devant en quelque sorte être suivie de l'approbation évite ainsi tout contrôle efficace. Faudrait-il les récompenser de la simulation qu'ils se sont permise ? Le pacte de famille ne saurait être pour le gouvernement une raison d'aliéner sa mission d'ordre public et d'intérêt général. En quoi, d'ailleurs, l'existence de ce pacte

répugne-t-il à la détermination actuelle d'un prix. C'est surtout ce prix qu'il importe à la famille elle-même de connaître, et, puisqu'on doit le fixer ultérieurement, on ne peut expliquer le défaut de fixation actuelle que par l'intention bien arrêtée de se soustraire au contrôle de qui de droit. Favoriser cette intention, ce ne serait pas autre chose que récompenser et encourager la fraude. En la proscrivant, l'arrêt de la Cour de cassation n'a donc fait qu'un acte de morale et de justice.

Ainsi toute contre-lettre, quels qu'en soient les signataires, fût-elle de père à fils, reste frappée d'une nullité radicale, dès qu'elle modifie ou abroge, dans une partie quelconque, le traité soumis d'office à la chancellerie. Cette règle ne comporte aucune exception, mais elle serait évidemment non applicable à la contre-lettre expliquant le sens et la portée des clauses du traité public, sans les modifier. Ainsi, il a été jugé que lorsque les conditions de la vente d'un office ont été arrêtées avant que le cessionnaire eût l'âge requis, au moyen d'un traité demeuré secret, mais qui ne diffère du traité soumis plus tard à la chancellerie que par des clauses transitoires devenues sans objet, ce traité est suffisant pour conférer au cédant le privilège du vendeur et à l'autoriser à en transmttre le bénéfice par voie de subrogation, en vertu de cet acte, au tiers qui l'a payé après la nomination du cessionnaire[1].

1304. — La jurisprudence qui proscrit toute dérogation au traité public, jurisprudence dans laquelle la Cour de cassation persiste avec une inflexible fermeté,

[1] Orléans, 31 janvier 1846; — D. P., 47, 2, 101.

amenait, comme conséquence inévitable, à consacrer le droit de répéter les sommes payées à titre de supplément de prix, soit au moment du contrat, soit avant, soit après. En effet, considérer ces payements comme légitimement acquis, c'était rendre complètement illusoire la nullité des contre-lettres, qu'on eût dès lors délaissées, en prenant un moyen plus sûr pour faire réussir les desseins que ces contre-lettres faisaient vainement entrevoir. Ce moyen était naturellement indiqué. On aurait exigé le payement actuel et comptant du supplément du prix, ou la remise de valeurs négociables, jusqu'à due concurrence.

La seule précaution efficace contre cette fraude si facile, était de considérer comme nuls ces payements ou remises, et cette précaution était indispensable pour assurer le but qu'on se proposait d'atteindre par la nullité absolue des contre-lettres. En effet, chassée d'un côté, la fraude serait largement revenue de l'autre, et les inconvénients prévus, loin de s'affaiblir, ne pouvaient manquer de s'aggraver. C'est ce que la jurisprudence a compris, c'est ce qu'elle a voulu prévenir par la nullité de la contre-lettre verbale, comme de la contre-lettre écrite, et par l'admission du droit de répétition de ce qui a été payé en vertu de l'une ou de l'autre [1].

[1] Le 2e alinéa de l'art. 1235 C. civ. ne comprend pas les obligations réprouvées par le droit positif. Le payement, en ce cas, est considéré comme ayant été fait sans une cause susceptible d'être prise en considération par les tribunaux. — *Voy.* Duvergier, *Revue étrangère et française*, 1840, VII, p. 568 ; Civ. cass. 30 juill. 1844, Sir., 441, 582 ; Req. 1er août 1844, Sir., 44, 1, 584 ; 11 août 1845, Sir., 45, 1, 642 ; 17 déc. 1845, Sir., 46, 1, 137 ; Civ. cass. 5 janv. 1846, Sir., 46, 1, 116 ; Req. 3 janv. 1849, Sir., 49, 1, 282 ; 3 déc. 1849, Sir., 50, 1, 380 ; Civ. rej, 28 mai 1856, Sir., 56, 1, 587 ; Req. 5 nov. 1856, Sir., 56, 1, 916. — *Contrà*, Req. 7 juillet 1841, Sir., 41., 1., 693 ; 23 août 1842, Sir., 43, 1,

1305. — La sagesse de cette solution a été méconnue et son caractère juridique contesté. Mais l'une et l'autre peuvent facilement être justifiés. Sans doute il est des obligations que la loi permet de faire annuler, et qui sont cependant dans le cas de créer un lien naturel. Mais il faut distinguer ce que la loi permet de ce qu'elle ordonne, parce que de la diversité de ce caractère découlent des conséquences bien différentes.

Ainsi les obligations annulables ou rescindables ont une existence légale tant que leur nullité ou leur rescision n'a été ni demandée ni obtenue. Le droit de la faire consacrer est reconnu par la loi, mais elle n'en prescrit aucunement l'exercice, qu'elle laisse au libre arbitrage de la partie lésée.

Dès lors l'exécution à laquelle se livre cette partie, au moment même où elle pouvait poursuivre la nullité, est un acte spontané et libre qui non seulement engendre une obligation naturelle, mais qui, pouvant constituer une ratification, est susceptible de donner au contrat le lien légal et obligatoire dont il manquait jusque-là.

Il ne saurait en être de même pour l'obligation illicite. Sa nullité n'a pas besoin d'être ordonnée, elle existe de plein droit, il n'y a jamais eu d'obligation, aucune possibilité de l'exécuter, et moins encore de lui donner aucune valeur légale par une ratification, fût-elle expressément consentie. Il y a même plus, personne ne pouvant faire ce que la loi prohibe formellement, l'exécution d'une obligation contractée contre cette prohibition est elle-même illégale et nulle, et dès lors incapable de produire aucun effet.

123. — *Voy.* Notre *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation,* n° 366 et suiv.

Ainsi les pactes sur succession future, les sociétés de délits, les contrats usuraires, les stipulations illégales de contrainte par corps, en un mot, tout ce qui est de nature à porter atteinte à une prohibition formelle édictée dans l'intérêt des mœurs, de l'ordre public, de la sécurité de l'Etat, n'a jamais eu une existence réelle, susceptible de créer un lien moral quelconque. La violation de la loi, qui proteste contre le pacte, proteste contre son exécution qu'on ne pourrait dès lors tolérer, et moins encore indirectement valider, sans méconnaître la volonté expresse du législateur.

La différence entre la nullité radicale et de plein droit et celle que la loi n'a consacrée que par des considérations particulières ne pouvait être méconnue. Aussi n'est-ce pas sur celle-ci qu'on a insisté. Mais il existe une nullité d'ordre public à laquelle la loi a attaché une obligation naturelle : ainsi les dettes de jeu librement et spontanément payées ne sont pas répétibles. S'emparant de cet exemple, on s'est écrié : vous voyez donc bien qu'une obligation naturelle peut être produite par les nullités radicales elles-mêmes.

Mais ce qui enlève à cette objection toute force et toute portée, c'est précisément la disposition de l'art. 1967. Le législateur ne s'est pas dissimulé qu'en principe le jeu ne pouvait engendrer même une obligation naturelle; qu'en conséquence, le payement de ce qui avait été perdu ouvrait l'action en répétition. Mais par des considérations que nous n'avons pas à apprécier, pour rendre hommage à nos mœurs peut-être, il n'a pas cru devoir autoriser cette répétition. Il s'en est donc formellement et spécialement expliqué. Ainsi, si la dette de jeu, volontairement payée, n'est pas répétible, c'est par exception au principe

général; si cette exception est admise, c'est qu'elle est écrite en toutes lettres dans la loi. Qu'on nous montre donc qu'il en est de même pour le supplément de prix d'un office, et nous nous avouerons immédiatement vaincu.

Ainsi l'objection tirée de l'art. 1967, loin d'atténuer la rigueur du principe, ne fait que le confirmer. Pour que la nullité radicale et d'ordre public crée une obligation naturelle, il faut une exception formellement prévue. Cette exception n'existant pas, le principe continue à exercer tout son empire.

Maintenant, dans quelle catégorie faut-il placer la nullité de la contre-lettre, en matière de cession d'office? Cette question ne peut être douteuse. Cette nullité ne reconnaît d'autre motif que l'intérêt général et public. Elle est donc radicale, absolue; elle ne peut dès lors produire une obligation, même morale [1].

1306. — Mais, a-t-on dit, la loi de 1816 n'a nulle part proscrit les contre-lettres, on ajoute donc à la loi lorsque non seulement on les annule, mais surtout lorsqu'on permet de répéter ce qui a été payé à ce titre.

Sans doute le législateur de 1816 n'a pas employé cette locution : toute contre-lettre est défendue, mais une pensée conforme s'induit clairement de la loi.

La cession de l'office n'est qu'une faculté qui ne peut être exercée que sous la condition formelle de l'approbation du gouvernement. Cette approbation, qu'un intérêt général a fait prescrire, ne peut être que le résultat d'une appréciation éclairée et loyale des conditions du marché. Elle ne sera accordée que si le ministre est con-

* [1] *Voy.* note sous le n° 1304.

vaincu : 1° que la charge sera honnêtement exercée ; 2° que l'acheteur ne s'impose pas de charges trop lourdes ; 3° que, renfermé dans son état, il y trouvera, en en respectant les limites, en en pratiquant les devoirs, une suffisante existence. Pour que cette conviction se forme, il faut de toute nécessité que le traité qui en forme les éléments essentiels soit sincère, surtout en ce qui concerne le prix. Qu'importe, en effet, la capacité, du successeur désigné si, d'avance, l'énormité des engagements qu'on lui a fait secrètement consentir le réduit à trouver un complément de ressources dans l'agiotage, dans la spéculation, et le destine fatalement, en quelque sorte, à finir dans l'abîme où il plongera de nombreuses victimes.

Si le but indiqué est bien celui que s'est proposé le législateur de 1816, est-il possible de nier qu'il ait entendu proscrire tout ce qui tendrait à lui enlever son véritable caractère et son utilité. La contre-lettre dissimulant une partie du prix, ne peut que déterminer ce résultat. Elle se trouve donc nécessairement atteinte par cette proscription.

Ainsi, pour se conformer à l'intention du législateur de 1816, la jurisprudence devait nécessairement aboutir à ces deux termes : d'une part, nullité radicale de toute contre-lettre ayant pour objet de modifier ou de déroger aux clauses et conditions du traité public communiqué à la chancellerie ; de l'autre, faculté de répéter tout ce qui aurait été payé ou donné à titre de supplément de prix, au moment du traité, avant ou depuis. C'est ainsi, au reste, que les Cours et Tribunaux l'admettent aujourd'hui [1].

* [1] *Voy.* note sous le n° 1304.

1307. — De cette jurisprudence il suit : que le traité secret ne pouvant être ratifié ni expressément ni tacitement, l'exécution qui lui aurait été donnée ne créerait aucune fin de non-recevoir, soit contre l'action en nullité, soit contre celle en restitution ou imputation des sommes illégalement perçues en vertu du traité secret. Il en serait de même de la transaction dont ce traité secret aurait été l'objet, si, tout en réduisant le supplément du prix secrètement stipulé, elle l'avait cependant consacré en partie. Il ne saurait y avoir de transaction valable que celle qui ramènerait les parties à l'exécution pure et simple du traité public. Tout ce qui irait au delà serait atteint de la nullité viciant le traité secret lui-même, et, en conséquence, resterait non seulement sans effet, mais ne saurait même échapper à l'action en restitution.

1308. — L'action en nullité et celle en restitution conférée au débiteur principal appartiennent à la caution. En principe, ce qui est nul comme illicite ne saurait devenir la matière d'un cautionnement légal et obligatoire. Celui qui l'aurait fourni serait donc recevable à en faire prononcer l'invalidité.

Pourrait-il, après avoir payé, demander la restitution ou tout au moins l'imputation jusqu'à concurrence sur le prix du traité primitif qu'il aurait également cautionné ? L'affirmative n'est pas douteuse et résulte du droit de répétition reconnu au débiteur. Ce qui vicie l'engagement de celui-ci vicie également celui de la caution. Les conséquences de ce vice ne pourraient donc varier dans leur application à l'un ou à l'autre [1].

[1] Le fidéjusseur a contre le créancier les mêmes exceptions que le débiteur principal. — Art. 2036, 1er alin. C. civ.

1309. — Le cessionnaire de l'office, fondé à opposer au cédant la nullité du traité secret, pourrait-il également l'opposer pour se dispenser de rembourser le supplément du prix qu'un tiers aurait payé pour lui ?

Il nous semble que cette question doit se résoudre par le principe admis par la Cour de cassation en matière de jeu[1]. Si le tiers a connu le traité secret, s'il y a coopéré comme intermédiaire ou mandataire, il a assumé volontairement les chances de la subrogation aux droits du vendeur ; résultant du payement, ce droit reste en ses mains ce qu'il était entre celles du cédant lui-même. Les objections opposables à celui-ci pourront donc lui être opposées, alors même que le titulaire de l'office eût consenti au payement et à la subrogation.

Si le tiers a payé de bonne foi, s'il s'est borné à prêter son argent, le droit d'en obtenir son remboursement ne saurait être sérieusement contesté par le débiteur, acquéreur de l'office. La destination qu'il aurait donnée à la somme empruntée ne saurait être opposée au prêteur, qui n'avait pas même à s'en occuper, et encore moins à s'en enquérir.

1310. — Une autre conséquence de la jurisprudence que nous avons indiquée, est de rendre la preuve testimoniale admissible pour établir soit qu'une somme quelconque a été payée au moment et en dehors du traité, à titre de supplément de prix, soit que les valeurs dont on réclame le payement n'ont pas d'autre cause. Sans la preuve testimoniale, la répétition autorisée ne saurait avoir lieu, car, en l'état de ce danger, le vendeur se gar-

[1] *Vide suprà*, n° 677 et suiv.

dera bien de donner une preuve écrite du payement et de ses causes, non plus que de celle des effets qu'il a fait souscrire. Cette admissibilité, d'ailleurs, se justifie parfaitement par les principes ordinaires. Ainsi que nous venons de le voir, la fraude contre une loi d'ordre public peut toujours être invoquée par la partie et prouvée par témoins. Or, tel est évidemment le caractère de celle ayant pour objet de percevoir un supplément de prix dans la vente d'un office [1].

1311. — L'action en nullité du traité secret et celle en restitution ne se prescrivent que par trente ans, cela n'a pas cependant laissé que de soulever des difficultés. Dans un cas comme dans l'autre, a-t-on dit, l'objet principal du litige, c'est la nullité de la contre-lettre. Dès lors, et en vertu de l'art. 1304, il faut admettre que le silence prolongé pendant plus de dix ans, ayant éteint l'action en nullité, a également anéanti la faculté de répéter ce qui a été indûment payé [2].

Cette doctrine a le tort d'appliquer aux actes nuls de plein droit une règle seulement applicable aux contrats annulables ou rescindables. L'article 1304 ne s'occupe que de ces derniers, et la prescription qu'il consacre n'est que la conséquence de leur caractère. Nous l'avons déjà dit, ces actes ne sont qu'infestés d'un vice purement relatif, que la loi permet à la partie intéressée de couvrir par une ratification expresse ou tacite. Elle considère le silence de plus de dix ans comme constituant cette der-

* [1] En ce sens, Nîmes, 10 juin 1848, Sir., 48, 2, 147; Lyon, 17 novembre 1848, Sir., 49,1,334; Paris, 2 juillet 1860, Sir., 60, 2, 537.

[2] Toullier, tom VII, n° 599; — Delvincourt, tom II, n° 598.

nière et ayant par conséquent donné à l'acte toute légalité. Aussi en ordonne-t-elle l'exécution pour l'avenir.

Rien, au contraire, ne peut valider l'acte nul comme contraire à la loi, à l'ordre public, à l'intérêt général. On n'acquiert pas le droit de violer la loi par cela seul qu'on l'a violée plus ou moins longtemps. L'acte qui ne peut être expressément ratifié, ne peut l'être tacitement, fût-ce même par un silence s'étant prolongé au delà de dix ans. La seule prescription qui puisse, non pas en faire admettre l'exécution, mais lui acquérir le pardon du passé, est celle qui ne permet pas de l'attaquer, parce qu'elle anéantit toutes les actions, tant réelles que personnelles, c'est-à-dire la prescription trentenaire.

Ce système, qui a l'adhésion d'une foule d'auteurs graves[1], consacré par un arrêt de Bordeaux, du 20 août 1828, a été depuis sanctionné par la Cour de Paris, le 5 décembre 1846, et par la Cour de cassation, le 3 janvier 1879[2].

1312. — L'inaliénabilité du fonds dotal date déjà de fort loin. Dans l'origine, le mari, maître de la dot, pouvait en disposer et l'aliéner, même sans le concours de la femme. La loi *Julia de adulteriis* vint mettre un terme à cette faculté ; elle défendit toute aliénation *invita uxore*.

Cette prohibition, faite au mari, fut étendue à la femme par Justinien. Désormais le fonds dotal devint inaliénable, aucun des époux ne pouvant en disposer pendant le mariage, soit conjointement, soit séparément.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *ratification*; — Duranton, tom. XII, n° 523 ; — Troplong, *De la vente*, n° 249 ; — Marcadé, *Eléments du droit civil*, art. 1304; — Zachariæ, tom. II, p. 440. — * *Contrà*, Teyssier-Desfarges, *Revue de dr. fr. et étr.*, 1846, III, p. 608.

[2] D. P., 32, 2, 377; 47, 2, 4; 49, 1, 139. — * *Junge*, Rouen, 26 déc. 1850, Sir., 51, 2, 97.

Cette prohibition a-t-elle créé ce meilleur état des choses que se promettait Justinien ? Est-elle une amélioration ou un inconvénient ? Nous ne voulons pas entrer dans cette vieille querelle entre le droit coutumier et le droit écrit, ce qui nous entraînerait au delà de notre sujet. Disons seulement que cette inaliénabilité absolue a créé et crée encore de bien graves embarras et de bien nombreux obstacles au développement de la prospérité de certaines familles, et que si, sous le point de vue personnel à la femme, elle a des avantages, ces avantages ne sont souvent acquis que par des moyens souverainement iniques, au point de vue purement moral.

Quoi qu'il en soit, cette inaliénabilité se trouvant consacrée par le Code civil, il nous faut l'examiner au regard des fraudes que la loi peut inspirer, en rechercher le caractère, en détruire les effets par rapport aux tiers, par rapport aux époux eux-mêmes.

1313. — Les lois réglant l'inaliénabilité du fonds dotal constituent un statut réel. Les époux sont pendant le mariage même, capables de disposer, seulement le fonds dotal demeure indisponible en leurs mains. La prétention contraire a été soutenue, et ceux qui voyaient dans ces lois un statut personnel ont invoqué la place que Justinien à donnée à la prohibition. C'est dans ses *Institutes*, et précisément sous le titre intitulé : *Quibus alienare licet, vel non,* qu'il l'a placée. Donc, la prohibition crée, elle-même, une incapacité personnelle. C'est là une erreur que nous démontrerons en nous occupant de la question de savoir si la vente du fonds dotal peut être ou non valablement cautionnée.

Donc, la prohibition d'aliéner la dot s'applique aux

biens et non à la personne, et ses fondements étaient, en droit romain, considérés comme d'intérêt général, la conservation de la dot devant rendre un second mariage plus facile et contribuer ainsi à augmenter la population : *Interest Reipublicæ mulierum dotes salvas esse, quibus nubere possunt.*

Le droit français s'est beaucoup moins préoccupé des secondes noces que de l'intérêt de la femme et de celui des enfants. La dot est un *minimum* de fortune que la loi a voulu leur conserver malgré le naufrage au milieu duquel peuvent périr toutes les autres ressources du ménage. Mais cette manière d'entendre le droit ne lui enlève rien de son caractère public, l'intérêt général des familles ne cesse pas de se recommander à la faveur de la loi.

1314. — Il importe cependant de remarquer que, quoique d'ordre public, quoique existant *ipso jure*, c'est-à-dire qu'on doive l'obtenir indépendamment de toute obligation de prouver soit une lésion, soit un préjudice, la nullité de l'aliénation du fonds dotal n'est pas absolue. Cela tient à ce que l'ordre public n'y est que subsidiairement intéressé. L'intérêt principal est celui de la femme et des enfants : *Primario spectat utilitatem privatam, et secundario publicam.* Ce sont, dit Dunod, les particuliers qui profitent de l'interdit, et sa prohibition produit une nullité qu'on appelle respective, parce qu'elle n'est censée intéresser que celui en faveur de qui elle est prononcée [1].

Ces observations fixent le caractère de la nullité et les conséquences de la fraude. La nullité est légale, c'est-à-dire qu'elle est formellement prononcée par la loi. Mais,

[1] *Des Prescriptions*, p. 48.

tout en l'admettant, le législateur ne fait pas un devoir de la faire prononcer, il s'en rapporte à la partie intéressée qui peut non seulement ne pas la poursuivre, mais encore la couvrir en ratifiant l'acte lorsque l'empêchement qui le fait prohiber a disparu. En d'autres termes, la loi n'autorise pas, mais elle n'empêche pas non plus : *Non assistit nec corroborat quod est autem respectu ejus in cujus favorem prohibitio facta est; sed non resistit absolute et semper*[1].

Ce caractère spécial de la nullité de la vente du fonds dotal était admis par l'ancien droit[2]; doit-on l'admettre aujourd'hui encore?

L'affirmative nous paraît résulter de la jurisprudence, qui repousse l'action de l'acquéreur ayant sciemment traité avec les époux ou l'un deux. Cette jurisprudence serait illogique si la nullité est absolue, car il est de l'essence de celle-ci de pouvoir être opposée par toutes les parties. Si dans l'espèce, on le décide autrement, si la demande en nullité de l'acquéreur est repoussée par application de l'art. 1125, c'est qu'on admet qu'il ne s'agit que d'une nullité relative.

L'affirmative résulte encore de la possibilité d'une ratification même tacite, dont l'effet est de donner à l'acte toute la validité qu'il aurait eue s'il n'avait contrevenu dans l'origine à une prescription légale et d'en assurer l'exécution dans l'avenir. Or, nous l'avons déjà dit, la nullité absolue, contre laquelle la loi résiste sans cesse, ne peut jamais sortir à effet, ne peut être ratifiée ni expressément ni tacitement : l'action dont elle est la source ne se prescrit que par trente ans. Conséquemment,

[1] Dunod, *ibid.*

[2] Dupérier, *Questions notables*, quest. 9, t. I, p. 56.

s'il en est autrement pour la nullité du fonds dotal, c'est que cette nullité, reconnaissant une autre origine, obéit à des principes différents.

Nous croyons donc que la nullité est aujourd'hui ce qu'elle était autrefois, c'est-à-dire radicale et absolue pour ce qui concerne les époux et la famille; purement relative quand aux tiers ayant traité avec l'un d'eux.

1315. — Il résulte de là que ces tiers ne peuvent de leur chef l'invoquer ni la faire valoir, s'ils ont connu la qualité de celui avec qui ils ont contracté. Nous distinguerons cependant suivant qu'ils ont acheté du mari ou de la femme.

Celui qui achète un bien déclaré appartenir à une femme mariée, est mis immédiatement en demeure de prendre toutes les précautions possibles pour s'assurer si le bien qu'il achète est ou non grevé de dotalité. S'il néglige de le faire, le contrat devient irrévocable pour lui sans qu'il puisse prétendre avoir été dans l'ignorance sur le vice de l'objet vendu. Nous le répétons, ce vice, la qualité de la femme mariée devait le lui faire présumer, et s'il n'en a pas vérifié l'existence, il a commis une faute des conséquences de laquelle il ne saurait être relevé.

Si la vente a été consentie par le mari seul, agissant en son propre et privé nom, comme propriétaire de ce qu'il vend, l'acheteur n'a pas dû se douter même de la dotalité dont cette chose est atteinte. Sans doute, il eût dû exiger que le mari justifiât la propriété qu'il alléguait, mais la bonne foi, qui est de l'essence de la vente, empêche d'attacher une importance majeure à cette négligence, et l'acquéreur, en vertu même de cette bonne foi, devrait être admis à poursuivre la nullité de la vente

lorsqu'il découvre la dotalité qu'il avait complètement ignorée.

Mais il n'en serait plus ainsi si le mari avait pris la qualité d'administrateur de la dot ou celle de mandataire de sa femme. Dans ce cas, la propriété de la femme est suffisamment indiquée, et cette indication suffit pour soumettre l'acquéreur à toutes les obligations de celui qui traite directement avec une femme mariée. Il devait donc se faire représenter le contrat de mariage. La faute grave qu'il a commise, en ne pas l'exigeant, le laisse sans droits contre l'engagement qui en a été la conséquence. A plus forte raison en serait-il ainsi si la vente avait été faite par le mari et la femme conjointement [1].

1316. — Ainsi l'acquéreur qui a, au moment de l'achat, ignoré la dotalité de l'immeuble, est recevable, après la découverte qu'il en fait plus tard à poursuivre la nullité du contrat, mais il ne peut exciper de cette ignorance toutes les fois que la propriété lui a été désignée comme appartenant à la femme. Cette indication, de plein droit existant, lorsque c'est la femme elle-même qui a vendu, résulte suffisamment soit de la qualité d'administrateur ou de mandataire prise par le mari, soit du concours donné par la femme au contrat.

1317. — Cependant la Cour de cassation a jugé, le 11 décembre 1815, que, même lorsque le mari a traité seul et comme propriétaire de ce qu'il aliène, l'acquéreur ne peut être admis à poursuivre la nullité du contrat, et cela par application de l'art. 1125 du Code civil [2]. Nous

[1] Duranton, t. xv, n° 528.
[2] Sirey, 16, 1, 161.

ne pouvons adopter la doctrine par trop sévère de cet arrêt, et nous contestons la justesse de l'application de l'art. 1125. Que celui qui traite avec un incapable ne puisse se prévaloir plus tard de cette incapacité, cela se comprend; mais celui qui a contracté avec un capable, et qui a été trompé par lui sur la disponibilité de la chose qu'il prétend lui appartenir, ne s'est pas placé sous le coup de cet article, dont l'application doit lui rester étrangère. Qu'on exige la représentation du contrat de mariage, lorsqu'on dénonce l'existence des droits de la femme, soit; mais lorsque celui qui a vendu n'a pas même indiqué sa qualité d'homme marié, l'exigence n'est plus que souverainement déraisonnable. Au fond, le mari, qui vend comme lui appartenant la chose de sa femme, abuse étrangement des droits qui lui sont conférés sur la dot et commet, en quelque sorte, une véritable fraude contre l'acheteur. Sous tous ces rapports, la Cour de cassation paraît s'être écartée dans son arrêt des véritables principes autant que des notions de l'équité et de la justice.

C'est cependant la doctrine de l'arrêt de 1815 que le répertoire du Journal du Palais préconise, et il indique comme l'ayant de nouveau proclamée un arrêt du 24 décembre 1828, rendu par la Cour de Grenoble, et un autre du 25 avril 1831, de la Cour de cassation.

La Cour de Grenoble décide bien en effet que l'acheteur est non recevable à demander la nullité de la vente, alors même qu'il a ignoré la dotalité de l'objet acquis; mais dans la note dont il fait suivre l'arrêt, le Journal du Palais lui reproche de consacrer une doctrine trop générale, et enseigne qu'il faut distinguer, et que si la fin de non-recevoir est juste lorsque l'acquéreur a connu la do-

talité, elle ne saurait être admise lorsqu'il a été induit en erreur et qu'il a ignoré cette dotalité.

D'ailleurs ce qui a déterminé la Cour de Grenoble, c'est que le vendeur offrait de cautionner hypothécairement le prix de la vente. C'est ce qu'explique ce motif de l'arrêt :

« Attendu que le général Donna, en offrant caution et hypothèque pour sûreté de la vente, a fait tout ce que l'acquéreur du fonds dotal avait le droit d'exiger, dans le cas où il aurait ignoré la dotalité, puisque cette espèce de vente n'étant pas d'une nullité absolue, l'acquéreur ne peut avoir qu'un juste sujet de craindre d'être évincé, et qu'aux termes de l'art. 1653, l'acquéreur qui se trouve dans cette position ne peut se refuser à payer le prix si le vendeur lui donne sûretés convenables. »

Qu'aurait fait la Cour si le vendeur n'avait voulu ni pu donner ces sûretés? Ne peut-on pas croire que l'ignorance de la dotalité lui étant démontrée, elle eût annulé la vente ?

Quand à l'arrêt de la Cour de cassation, du 25 avril 1831, on ne peut le considérer comme ayant la signification que l'arrêtiste lui donne. Dans l'espèce, l'ignorance de la dotalité ne pouvait être et n'était pas même alléguée.

En effet, les époux de la Blanche, mariés sous constitution générale de dot, mais avec faculté d'aliéner les immeubles dotaux, avaient conjointement et en vertu de cette faculté, vendu au sieur de Meuloz divers immeubles qu'ils avaient acquis par suite d'un échange contre des biens dotaux.

L'acquéreur demande la nullité de la vente, non pas

qu'il eût ignoré la dotalité, mais sur le motif que les biens par lui acquis provenaient d'un échange. Or, disait-il, les époux de la Blanche se sont bien réservés, par leur contrat de mariage, la faculté d'aliéner les biens dotaux, mais non pas celle de les échanger. Donc l'échange est dans le cas d'être annulé, et cette nullité entraînerait celle de la vente.

L'espèce offrait encore cette circonstance que les biens donnés en dot dans le contrat de mariage, ne l'avaient été qu'à la condition que la dame de la Blanche renoncerait à la succession de sa mère. Or, ajoutait le demandeur, si cette condition venait à défaillir, les biens rentreraient dans la succession de la donatrice.

Le Tribunal et la Cour de Lyon d'abord, la Cour de cassation ensuite, répondent que la faculté d'aliéner comprend, *à fortiori*, celle d'échanger; que par conséquent la légalité de l'échange mettait la vente des biens en provenant à l'abri de toute attaque.

Que si la condition de renoncer à la succession venait à défaillir, et qu'ainsi la constitution faite à la dame de la Blanche par sa mère se trouvait révoquée, cette révocation ne pourrait, dans aucun cas, amener l'éviction de l'acheteur, parce que l'avantage fait dans le contrat de mariage constituerait en réalité une donation en avancement d'hoirie ; que la vente de l'objet donné ayant eu lieu, si des contestations s'élevaient à l'ouverture de la succession de la donatrice, la dame de la Blanche ne serait tenue que de rapporter fictivement en moins prenant.

Il n'y avait donc dans l'espèce ni ignorance de la dotalité, ni crainte d'éviction en présence de l'art. 860 C. civ., pas même nullité de la vente, puisque le contrat de mariage l'autorisait. A quel titre donc l'eut-on annulée?

Nous persistons à croire que la vente faite par le mari seul et en son nom, et se taisant sur le caractère dotal de l'immeuble aliéné, doit être annulée, et que cette nullité peut être invoquée par l'acheteur qui découvre le vice dont son acquisition est entachée ; qu'enfin l'art. 1125 ne peut être invoqué que dans le cas d'acquisition sciemment faite d'un bien dotal [1].

1318. — Nous ajoutons que la vente faite par la femme, par le mari, ou par tous les deux conjointement, qui ne serait que le résultat des manœuvres frauduleuses auxquelles ils se seraient livrés, serait nulle, et que cette nullité serait opposable par l'acquéreur. Mais on ne saurait considérer comme manœuvre frauduleuse le défaut

* [1] La nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal est généralement considérée comme étant relative, et on décide que l'acheteur n'est pas recevable à l'opposer. Duranton, xv, 528 ; Benech, De *l'emploi et du remploi*, n° 187 ; Rodière et P. Pont, III, 1883 ; Troplong, IV, 3516 et suiv. ; Aubry et Rau, v, § 537, p. 562 ; Laurent, XXIII, 502 ; Civ. rej. 11 déc. 1815 ; Req, 25 avril 1831, Sir., 32, I. 623.

On le décide ainsi, même lorsque la dotalité n'a pas été déclarée, ou bien quand l'immeuble a été vendu comme paraphernal. Toullier, XIV, 236-238 ; Troplong, IV, 3521 ; Aubry et Rau, *Loc. cit.* — MM. Rodière et P. Pont, *Loc. cit.*, sont d'un avis contraire, pour le cas seulement où l'immeuble a été vendu comme paraphernal.— Dans l'un et l'autre cas, on accorde seulement à l'acheteur le droit, en vertu de l'art. 1653 C. civ., de suspendre le paiement du prix.

Quid si le mari avait vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant? La question est controversée : nous pensons que l'acheteur pourrait demander la nullité en se fondant sur l'art. 1599 C. civ., qui porte que la vente de la chose d'autrui est nulle. Et il le pourrait, encore que le mari vendeur lui offrît caution pour sûreté de la jouissance. — En ce sens, Merlin, Rép. v° Dot, § 9 ; Tessier, II, p. 11 ; Duranton, xv, 522 ; Rodière et P. Pont, *Loc. cit.* ; Aubry et Rau, *Loc. cit.* — *Contrà*, Toullier, XIV, 239 et suiv. ; Troplong, IV, 3522.

de déclaration sur la dotalité du bien vendu[1], les conséquences du silence gardé à cet égard ne pouvant, dans aucun cas, être autres que celles formellement indiquées par l'art. 1560 du Code civil.

1319. — Cet article dispose que l'aliénation du fonds dotal pourra être révoquée sur la demande de la femme ou de ses héritiers, après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, et pendant la durée du mariage sur la demande du mari lui-même. Ainsi le législateur ne s'arrête pas à la part plus ou moins grande que les époux ont pris à la fraude qu'il s'agit de réprimer. Le mari est recevable à l'attaquer, alors même que, traitant en son propre et privé nom, il a aliéné, comme lui appartenant, le bien qu'il vient revendiquer comme dotal; ce droit exorbitant n'est que la conséquence de ce que l'aliénation du fond dotal, *contra legum interdicta*, crée au regard des époux et de la famille, une nullité absolue que chacun d'eux peut dès lors invoquer.

1320. — Le mari peut donc poursuivre lui-même la révocation de l'aliénation par lui consentie. Pendant le mariage, c'est le mari qui a toutes les actions; lui seul peut donc les exercer soit dans son intérêt propre, comme devant percevoir les fruits de la dot, soit dans l'intérêt que la femme et les enfants ont à la conservation du bien dotal.

L'exercice de ce droit est-il dans le cas de venir échouer devant des fins de non-recevoir puisées dans les actes ou la conduite du mari?

[1] Paris, 25 février 1883.

Le répertoire du Journal du Palais tient pour l'affirmative et indique comme l'ayant consacrée trois arrêts : l'un du 20 juin 1809, de la Cour de Nîmes ; le second du 17 décembre 1818, de la Cour de Toulouse ; le troisième, du 27 juillet 1829, de la Cour de cassation [1].

Ces arrêts ont-ils en effet jugé que le mari était non-recevable à poursuivre l'annulation de l'aliénation du fonds dotal lorsqu'il a personnellement et solidairement garanti sa validité ? Si oui, il est certain qu'ils auraient singulièrement méconnu le texte et l'esprit de la loi.

La faculté pour le mari de faire annuler lui-même la vente du fonds dotal qu'il a consentie, soit isolément, soit concurremment, souleva de vives objections dans le sein du conseil d'Etat. Ce qui la fit inscrire dans la loi, c'est qu'en l'exerçant le mari agit non dans son propre intérêt, mais dans celui de la femme et des enfants issus du mariage. Est-il dès lors possible d'admettre que l'engagement de garantir les effets de la vente que le mari aurait contracté, pût faire maintenir cette vente pendant la durée du mariage au grand préjudice de la famille, qu'on punirait ainsi des précautions exigées et prises pour assurer le succès de la fraude dont elle est victime, et qui devrait ainsi souffrir le préjudice dont la loi a si expressément entendu la garantir ?

Il paraît difficile de supposer que les Cours de Nîmes et de Toulouse, que la Cour de cassation elle-même aient pu si formellement se tromper sur le caractère et la portée de l'art. 1560 C. Nap.

En fait elles ne méritent pas ce reproche, et l'examen des arrêts qu'elles ont rendus, établit sans réplique

[1] V° *Dol*, n° 870 et suiv.

qu'elles n'ont voulu ni pu consacrer la doctrine qu'on leur prête.

Dans chacune des espèces qu'elles ont successivement appréciées, l'action était intentée non par le mari, mais par ses héritiers qui agissaient en outre comme représentant leur mère également défunte.

La Cour de Nîmes déclare l'action non-recevable, d'abord parce qu'en fait elle constate que le prix de la vente avait servi à éteindre les dettes dont le fonds dotal était légitimement grevé, ensuite parce que les demandeurs, héritiers de leur père comme de leur mère, étaient tenus de faire sortir à effet la garantie formellement promise par celui-ci, et ne pouvaient dès lors poursuivre une éviction qui devait nécessairement refluer contre eux.

C'est dans la même hypothèse et également par application de la maxime : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio,* que la Cour de Toulouse refuse d'accueillir l'action en nullité d'enfants héritiers de la mère et du père, et obligés en cette dernière qualité à faire valoir la garantie donnée par ce dernier à la vente du bien dotal.

Il y avait mieux encore dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, non seulement le mari avait personnellement garanti l'aliénation du bien dotal, mais après la mort de la femme, il s'était réglé avec ses enfants, et ceux-ci s'étaient obligés à le garantir de toutes actions en recours qui pourraient être dirigées contre lui à raison de ses engagements à faire valoir la vente du bien dotal. En cet état, la Cour de Metz avait déclaré l'action non-recevable non seulement en vertu de la maxime *quem de evictione...*, mais encore parce que l'acte intervenu entre le père et ses enfants était de la part de ceux-ci une ratifica-

tion de la vente du fonds dotal, ratification que la Cour de Metz induisait en outre des commandements de payer le prix, faits aux acquéreurs par ces mêmes enfants héritiers de leur mère.

Cet arrêt fut dénoncé à la Cour de cassation comme violant les art. 1560 et 1338 C. Nap, ; mais la Cour suprême, et avec juste raison, rejette le pourvoi, attendu sur la prétendue violation de l'art. 1560, que les demandeurs étaient héritiers de leur père, lequel avait garanti personnellement et solidairement les actes consentis par leur mère ; que l'arrêt attaqué a donc pu, sous ce rapport, les déclarer non-recevables dans leur action.

Toutes ces décisions sont inattaquables en droit ; mais en conclure que de son vivant et, *constante matrimonio*, le mari qui a garanti l'aliénation du fonds dotal est non-recevable à demander la nullité de cette aliénation, c'est leur donner une signification qu'elles ne comportent pas.

Nous ajoutons que dans chacune de ces espèces on aurait pu opposer une autre fin de non-recevoir plus péremptoire encore. L'action que l'art. 1560 donne au mari lui est exclusivement personnelle et s'éteint avec lui. A sa mort, en effet, nul autre que la femme ou ses héritiers ne peut attaquer la vente du fonds dotal. Donc les enfants issus du mariage, agissant en qualité d'héritiers de leur père, n'ont rien à demander du chef de celui-ci. Ils ne peuvent quereller la vente que du chef de leur mère, et comme en succédant à celle-ci ils ont en même temps succédé aux obligations que leur père a contracté à raison de cette vente, leur action en nullité est réellement sans intérêt pour eux, puisque c'est sur eux que rejailliraient les conséquences de cette nullité.

Ainsi, tant que le mariage subsiste le droit du mari est

absolu; il est recevable et fondé à l'exercer alors même qu'il aurait personnellement et solidairement garanti la vente [1]. L'effet unique de cette garantie est de l'obliger à des dommages-intérêts en faveur de l'acheteur évincé.

L'acheteur peut-il prescrire contre le mari, tant que dure le mariage ?

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 28 juin 1819 a jugé l'affirmative, il décide que le mari a perdu le droit de poursuivre la nullité de la vente du fonds dotal, s'il laisse écouler trente ans, depuis l'acte d'aliénation.

« Attendu, dit l'arrêt, que si la loi donne au mari le droit de faire révoquer même pendant le mariage, l'aliénation qu'il a faite du fonds dotal, elle n'a pas déclaré cette action imprescriptible pendant la durée du mariage; qu'il est même impossible de concevoir que l'action du mari, à cet égard, ne soit pas sujette à prescription, puisque pouvant agir au gré de sa volonté, et ayant le libre et entier exercice des actions dotales, il ne peut pas comme la femme invoquer la maxime, *contra non volentem agere non currit prescriptio.* »

Que la négligence, que la longue inaction du mari nuise à son intérêt et anéantisse les droits qui lui sont personnels, c'est ce qui ne saurait être contesté. Mais l'action du mari en nullité du fonds dotal ne lui est en rien personnelle; elle n'a sa cause, sa raison d'être que dans l'intérêt de la femme, dans celui des enfants.

Comprendrait-on que cet intérêt pût souffrir de la négligence volontaire ou involontaire du mari? C'est cependant cet intérêt qui serait atteint par la prescription si celle-ci pouvait être admise.

*[1] En ce sens, Rodière et P. Pont, III, 1871 ; Troplong, IV, 3525 et 3526; Aubry et Rau, V, § 537, p. 565. — *Contrà*, Odier, III, 1345.

Cependant qu'a-t-on à reprocher à la femme et aux enfants ? Est-ce qu'ils ont pu agir pendant le mariage ; ce sont eux cependant qu'on punirait, en prolongeant leur détresse pendant un temps indéterminé ? Le pourrait-on raisonnablement si la négligence du mari était concertée et intéressée, si elle était le résultat du mauvais vouloir et de la haine ?

Ce que nous reprochons en outre à l'arrêt de Toulouse, c'est d'admettre le mari à faire indirectement, ce qu'il ne peut faire directement. Quoi le mari vend le fonds dotal, il s'oblige à faire valoir la vente, et ces engagements formels et directs ne l'empêcheront pas de revenir sur ce qu'il a fait ? Est-ce dès-lors possible que cet empêchement résulte de sa tolérance de son inaction quelque prolongée qu'on la suppose.

Est-il vrai d'ailleurs que la loi n'ait pas déclaré l'action du mari imprescriptible, pendant la durée du mariage ? Mais l'art. 1560 consacre formellement cette imprescriptibilité ; il est vrai que sa disposition à ce sujet ne parle que de la femme ou de ses héritiers, mais elle reconnaît immédiatement le droit du mari, et il est évident que l'action qu'elle lui accorde étant la même que celle donnée à la femme, ou à ses héritiers, participe de la nature et du caractère de celle-ci. Elle est donc nécessairement imprescriptible comme elle.

Nous persistons donc dans la conclusion que nous indiquions tout à l'heure : pendant la durée du mariage le droit du mari est absolu, et son exercice ne saurait rencontrer de fin de non-recevoir d'aucun genre.

Le mariage dissous, le mari est obligé de restituer la dot dont la propriété est transférée aux héritiers de la femme ; toute action l'intéressant ne peut donc plus

appartenir qu'aux héritiers eux-mêmes : le mari n'aurait conséquemment plus aucune qualité pour révoquer l'aliénation du bien dotal que les héritiers respecteront peut-être. La séparation de bien prononcée produit sur la recevabilité de l'action du mari le même effet que la dissolution. La femme recevant l'administration et la jouissance de la dot, a désormais seule qualité pour toutes les actions s'y référant.

1321. — Le mari, héritier de sa femme, pourra-t-il, en cette qualité, demander après le mariage, la révocation de l'aliénation du bien dotal qu'il a consentie pendant sa durée?

1322. — M. Bellot[1] distingue le cas où l'acquéreur a ignoré la dotalité, et celui où il en a eu connaissance. Il pense que, repoussée dans le premier, la demande du mari héritier devrait être accueillie dans le second.

Cette distinction et ses conséquences sont critiquées par M. Dalloz. La bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur, dit ce jurisconsulte, doit être vérifiée pour savoir si, en cas de revendication, le mari doit ou non être condamné à des dommages-intérêts, mais cette circonstance est indifférente pour la décision de la question de savoir si, dans l'espèce, le mari peut revendiquer. Or, il n'a pas lui-même le droit de demander l'annulation de la vente du fonds dotal après la dissolution du mariage; il est vrai que, dans l'espèce le mari a succédé aux droits de la femme qui aurait pu faire prononcer la nullité; mais cette qualité d'héritier ne peut effacer en lui sa qualité de

[1] T. IV, p. 209.

vendeur. On doit donc, dans tous les cas, lui appliquer la règle *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*[1].

1323. — L'erreur de M. Dalloz se dissimule à peine derrière l'évidente faiblesse des raisons qu'il invoque. Sans doute le mari ne peut plus, après le mariage dissous, poursuivre la révocation de l'aliénation du bien dotal, nous en avons donné le motif, c'est qu'il est désormais étranger à tout ce qui concerne la dot ; mais de ce qu'il ne peut agir comme mari, s'ensuit-il qu'il ne puisse le faire en une autre qualité ? Pourrait-on, par exemple, le déclarer non-recevable s'il poursuivait cette révocation en qualité de tuteur de ses enfants, héritiers de leur mère ? Pourquoi donc ne le serait-il pas lorsque, héritier lui-même, il exerce les droits personnels à celle qu'il représente ?

Parce que, dit M. Dalloz, la qualité d'héritier ne peut effacer celle de vendeur. Mais est-ce que cette dernière est un obstacle même pour le mari ? Il n'y a à cet égard qu'à lire l'art. 1560 pour être convaincu du contraire. La qualité de vendeur ne suffit même pas pour qu'on soit tenu de l'éviction ; pour que cette obligation pût être imposée au mari, il faudrait de toute nécessité que le caractère de dotalité eût été caché à l'acquéreur. Alors, en effet, et seulement alors, le mari est passible de dommages-intérêts, c'est ce que porte textuellement l'art. 1560.

Si la dotalité a été déclarée, si par la qualité des parties au contrat elle a été connue de l'acquéreur, le mari ne doit ni garantie, ni dommages-intérêts. On ne pourrait

[1] D. A. tom. x, pag. 343, n° 34.

donc lui opposer, sous aucun prétexte, la maxime invoquée par M. Dalloz : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* On ne pourrait en exciper que si des dommages-intérêts étaient dus par lui.

Il faut donc en revenir à la distinction conseillée par M. Bellot : Si la dotalité a été dissimulée, le mari est responsable, tenu d'indemniser l'acheteur. S'il vient, en l'état de cette obligation, faire révoquer l'acte en qualité d'héritier de sa femme, on lui opposera avec succès que sa demande n'est pas recevable. L'action pouvant l'atteindre, l'exception devient péremptoire.

Si l'acquéreur a connu la dotalité, il s'est constitué en état de mauvaise foi, il n'a dès lors aucune garantie à exercer contre personne, pas même contre le mari ; comment dès lors, privé de l'action, pourrait-il élever une exception contre l'héritier de la femme, lorsqu'il ne pourrait l'opposer au mari agissant personnellement en cette qualité.

L'opinion de M. Dalloz est d'autant plus extraordinaire que, quelques lignes plus bas, il soutient que le cautionnement formel, donné par le mari à l'aliénation du fonds dotal, ne saurait produire aucun effet contre lui, ni l'obliger à garantir [1]. Comment donc peut-il ici faire résulter cette garantie du simple concours du mari à l'acte d'aliénation ou du fait même de la vente. Ainsi, le mari serait tenu s'il n'a rien dit, non tenu s'il avait expressément cautionné ? Telle est cependant la contradiction étrange à laquelle arrive M. Dalloz.

1324. — Concluons donc que la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur est une circonstance décisive, même

[1] *Ibid.*, nos 36 et 37.

lorsque le mari provoquera, en qualité d'héritier de la femme, la révocation de l'aliénation du fonds dotal, car, recevable, dans le premier cas, à exiger du mari des dommages-intérêts et à lui opposer la règle : *quem de evictione tenet*, etc...., le tiers acquéreur ne pourra, dans le second cas, faire ni l'un ni l'autre.

1325. — La question de bonne ou de mauvaise foi acquiert donc dans tous les cas une importance réelle. La dernière résulte du contrat, lorsque le mari vendant seul a déclaré le caractère de dotalité, ou lorsqu'il a agi comme administrateur de la dot ou mandataire de la femme, enfin lorsque la vente a été consentie par celle-ci soit personnellement et isolément, soit conjointement avec son mari. En l'absence de ces circonstances, le mari pourra-t-il prouver que la dotalité non déclarée a été parfaitement connue par l'acquéreur.

Il importe, pour l'appréciation de cette question, de rappeler que le projet de Code civil contenait une disposition ainsi conçue : Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant néanmoins sujet aux dommages-intérêts de l'acheteur, *pourvu que celui-ci ait ignoré le vice de l'achat.*

Cette rédaction communiquée au Tribunat, il fut objecté : Que ces expressions donneraient lieu à des difficultés, comme l'expérience l'a appris. Comment savoir si l'acquéreur serait on non en état d'ignorance ? Cette preuve ne pouvant se puiser ailleurs que dans l'acte d'acquisition, il a paru préférable de la faire dépendre du contrat même. C'est encore un moyen de détourner le mari du dessein de vendre le bien dotal.

Sur cet avis du Tribunat, l'art. 1560 fut rédigé tel qu'il se trouve aujourd'hui dans le Code.

De là, on a conclu que la seule preuve de la mauvaise foi de l'acquéreur admissible était celle qui se puiserait dans le contrat lui-même, et que, dans le silence absolu de celui-ci, le mari serait non-recevable à prétendre l'établir autrement [1].

L'induction paraît en effet plausible. Cependant on doit la repousser, si l'on veut rester fidèle à l'esprit de la loi.

L'acquéreur du fonds dotal n'a pas été vu d'un œil favorable, et l'on s'est montré très peu jaloux de le favoriser. « Il ne mérite aucun intérêt, disait Portalis, « c'est par sa légèreté qu'il se trouve trompé; il doit « s'imputer de n'avoir pas pris des renseignements « suffisants. D'ailleurs il est difficile d'admettre qu'il « n'ait pas profité de la nécessité ou de la prodigalité « du mari, car celui-ci n'a pu faire qu'une mauvaise « affaire. »

Ainsi, l'achat de l'immeuble dotal peut n'être, chez celui qui le contracte, qu'une spéculation, qu'une occasion de conclure un excellent marché, comment donc la loi aurait-elle consenti à s'en rendre, en quelque sorte, complice, en laissant l'acquéreur arbitre souverain d'en assurer le sort ?

Il est permis, en effet, d'admettre que plus le tiers acquéreur aura connu le danger, et plus il ambitionnera paraître l'avoir ignoré. D'autre part, plus la détresse du mari et la nécessité de vendre seront pres-

[1] Dalloz, *ibid.*, nº 35. — Tessier, de la *Dot*, note 698; Benoit, t. I, nº 267.

santes, plus il se montrera facile pour la condition qui lui serait faite de garder le silence dans le contrat sur la dotalité de l'objet vendu. Il est bon sans doute de détourner le mari de vendre le bien dotal, mais il est aussi du plus haut intérêt d'en empêcher l'achat ; arriverait-on à ce résultat en accordant des dommages-intérêts, devant en définitive rejaillir contre la famille, par cela seul que le mari aurait subi la loi du silence qu'on lui aurait imposée ?

A notre avis, ce dont la loi se préoccupe, c'est du fond et non de la forme. Si l'acte met sur la voie de la dotalité, par l'un des moyens déjà indiqués, la preuve de la mauvaise foi est inébranlablement acquise. Dans le silence de l'acte, la bonne foi est présumée, mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire.

Le contraire ne saurait suffisamment résulter d'une discussion législative. Quelque respectable que soit un pareil document, il ne saurait avoir qu'une autorité doctrinale, comme l'observe M. Troplong, et, sous ce rapport, elle ne supporte pas l'examen.

« Le texte, continue ce savant magistrat, donnerait lieu à une difficulté sérieuse, s'il était explicite, mais le Tribunat a heureusement traduit sa pensée par une formule qui n'est pas exclusive et absolument limitative.

« Elle n'est pas limitative. Comparons, en effet, l'art. 1560 à l'art. 1626. Ce dernier article dit que le vendeur est tenu de droit de garantir l'acheteur de toutes les charges prétendues sur l'immeuble et *non déclarées* lors de la vente. Notez ce mot : *non déclarées ;* n'est pas là une formule pareille à celle de l'art. 1560 ? L'expression n'est-elle pas identique ? Eh bien, comment la jurisprudence a-t-elle interprété l'art. 1626 ?

A-t-elle repoussé la connaissance extrinsèque? A-t-elle exigé, comme conditions *sine qua non* de l'absence de garantie, la déclaration du vendeur? Pas le moins du monde. Quelle que soit la voie qui a conduit l'acheteur à connaître, lors de la vente, le péril de la chose qu'il a achetée, cette connaissance suffit, on n'en demande pas davantage. On repousse les exigences formalistes et les observations sacramentelles, et l'on dit avec Cicéron : *Ubi judicium emptoris, ibi fraus venditoris quæ potest esse.*

« Si telle est la jurisprudence incontestable, quand il s'agit de l'art. 1626, pourquoi suivrait-on une autre route quand on est en face de l'art. 1560? Pourquoi le mot *déclarer* serait-il plus sacramentel dans celui-ci que dans celui-là? Pourquoi ne rentrerait-on pas dans le vrai? Pourquoi enfin adjugerait-on des dommages-intérêts à un acheteur de bien dotal qui, sachant ce qu'il faisait, n'a pas éprouvé de préjudice? Est-ce que cet acheteur est si favorable? A-t-on oublié les paroles sévères de M. Portalis sur son compte? Ne se rappelle-t-on pas qu'il ne mérite aucun intérêt? [1] »

Ainsi, et malgré le silence du contrat, nous pensons que le vendeur serait recevable à faire la preuve de la mauvaise foi de l'acheteur, mais nous admettons, avec M. Delvincourt, que cette preuve doit être littérale. En effet, les principes généraux, en matière de preuve, reçoivent ici leur entière application. Sans doute le titre ne dit rien, il est simplement muet; mais ce silence, dont la loi fait présumer la présomption de bonne foi, est un titre pour l'acquéreur, lequel ne saurait céder que

[1] Troplong, art. 1560, n° 3535; — *Vide* Delvincourt, t. III. p. 113; — Bellot, t. IV, p. 190.

devant la preuve écrite du contraire. D'ailleurs, l'intérêt seul du litige amènerait à cette conséquence.

Mais, comme dans tous les cas et en vertu de l'art. 1347, le commencement de preuve suppléerait à la preuve écrite, en rendant la preuve testimoniale admissible.

1326. — De ce que le mari n'est pas tenu de garantir l'acquéreur de mauvaise foi, il ne s'ensuit pas qu'il puisse être dispensé de rendre le prix qu'il aurait reçu. L'inaliénabilité de la dot n'a pas été imaginée pour enrichir le mari, dont l'action n'est reçue pendant le mariage que parce qu'on la suppose dirigée dans l'intérêt de la femme et des enfants : *Non in suum, sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum*[1].

L'obligation pour le mari est absolue, elle résulte de sa seule présence à l'acte. Il importe donc peu qu'il ait vendu seul ou conjointement avec sa femme. Le fait seul de n'avoir paru au contrat que pour assister sa femme, déterminerait le même résultat. On suppose, dans ce cas, que la conduite de la femme n'a été que la conséquence de l'autorité du mari, et que celui-ci ayant, *ut potentior*, déterminé le consentement, a réellement touché le prix d'une vente uniquement faite dans son propre intérêt : *Pretium rei dotalis alienatæ præsumitur ad virum pervenisse*[2]. A plus forte raison en serait-il ainsi dans l'hypothèse prévue par l'auteur, à savoir : si le mari et la femme déclaraient avoir reçu conjointement :

[1] Voët, l. 6, t. I, n° 19, *de rei vendicat.*
[2] De Luca, *de Empt.*, disc. 22, n° 6.

Quamvis in instrumento venditionis ambo confiterentur recipere pretium.

1327. — La femme qui seule a vendu, qui seule a reçu le prix, n'est tenue de restituer que ce dont son patrimoine s'est réellement augmenté. C'est ce qui résulte très expressément de la disposition de l'art. 1312 du Code civil. C'est à celui qui allègue le profit à le prouver, et, à cet égard, il est bon de constater que la preuve que le prix réclamé a été versé dans le ménage ou a servi à payer des dettes personnelles à la femme, ne suffirait pas pour autoriser la restitution. Dans le premier cas, en effet, la femme n'a retiré aucun profit distinct et appréciable ; dans le second cas, on ne verrait qu'une aliénation indirecte de la dot pour un motif que la loi n'a pas inscrit au nombre de ceux pour lesquels elle l'autorise quelquefois ; il faudrait, pour que la preuve fût utile, qu'on établît que le prix est devenu l'objet d'un placement fait au nom de la femme, en percevant encore les revenus ; de l'achat d'un immeuble ou de rente encore en sa possession. Dans l'un comme dans l'autre cas, la femme, ne pouvant retenir et le bien dotal et sa valeur, serait tenue, en reprenant celui-ci, de restituer celle-là, le but de la loi étant la conservation de la dot, et non d'enrichir, même la femme, au détriment de l'équité et de la justice.

1328. — L'obligation pour le mari de restituer le prix reçoit exception lorsqu'en déclarant la dotalité, ou n'assistant au contrat que pour autoriser sa femme, le mari a formellement stipulé qu'il est affranchi de tout recours, de toute garantie. Mais cette exception est elle-

même soumise à une condition, à savoir : que le mari ne poursuivra pas lui-même la révocation de l'aliénation. Ainsi, dit M. Delvincourt, la clause de non garantie sortirait à effet, si la rescision de la vente était poursuivie par la femme. Si le mari avait lui-même intenté l'action, on devrait l'obliger à restitution, comme tenu de ses faits[1]. Cette distinction, on le voit, trouve son fondement dans les articles 1628 et 1629 du Code civil.

1329. — On connaît le motif donné par Justinien à la prohibition d'aliéner le fonds dotal : *Ne sexus muliebris fragilitas in pernicien substantiæ earum converteretur*. Ainsi ce que la femme accomplit pendant le mariage est censé le résultat de l'obsession du mari, et de sa propre faiblesse. C'est ce qui explique parfaitement le recours que la loi lui donne contre ses propres actes.

La faculté de provoquer la révocation de la vente qu'elle a faite du fonds dotal lui est nommément conférée par l'art. 1560. Mais cette faculté, elle ne peut l'exercer pendant le mariage. Le mari maître de la dot, a seul toutes les actions s'y rapportant.

1330. — La dissolution du mariage rend à la femme toute sa liberté, et avec elle toutes les actions dont l'exercice peut être indispensable pour assurer la restitution de la dot. Au nombre de ces actions, et au premier rang, se place celle de la révocation de l'aliénation du fonds dotal. La femme peut donc alors librement la poursuivre sauf les exceptions que nous verrons plus tard lui être opposables.

[1] T. III, p. 114, note.

La séparation de biens, sans dissoudre le mariage, met un terme à ses effets immédiats sur la dot. La femme en reprend la libre possession et jouissance et, dès lors, elle acquiert le droit d'exercer les actions s'y référant, et de poursuivre les tiers qui en seraient les détenteurs. La séparation de biens produit, quand à ce, un effet analogue à celui résultant de la dissolution.

1331. — Le droit de la femme passe à ses héritiers, mais, comme la femme elle-même, ceux-ci peuvent être déclarés déchus de la faculté de l'exercer. Les exceptions opposables à la femme peuvent être opposées à ses héritiers.

1332. — Quel-que soit le demandeur en révocation, que l'acquéreur ait ou non le droit d'exiger la restitution du prix, la rétention préalable de l'immeuble ne saurait être ordonnée. Le bien dotal n'est pas susceptible d'être vendu, il est placé par la loi hors du commerce pendant le mariage. Il suffit donc qu'il soit revendiqué, pour qu'il doive immédiatement rentrer dans les mains de son propriétaire légitime. Cette volonté expresse de la loi est inconciliable avec la faculté de le retenir jusqu'à restitution du prix, car la conséquence de cette faculté consacrerait, dans bien des cas, son aliénation définitive par l'impuissance dans laquelle les époux se trouveraient d'opérer cette restitution. De plus, ce serait affecter le fonds dotal au payement des dettes soit du mari, soit de la femme, ce qui est également prohibé par la loi. Ce double motif a fait, avec raison, refuser la faculté de retenir l'immeuble dotal, même jusqu'à ce que les amé-

liorations qui doivent être restituées aient été définitivement fixées [1].

1333. — La vente du fonds dotal peut-elle devenir la matière d'un cautionnement valable ? Cette question a soulevé une vive controverse et profondément divisé les auteurs.

1334. — A la tête de ceux qui soutiennent la négative, nous rencontrons le nom si recommandable de Merlin, étayant son opinion sur l'autorité de Serres et de Dupérier dans l'ancien droit. Et cette indication a été depuis acceptée par tous, comme conforme à la vérité. Seulement ceux qui soutiennent l'avis contraire se sont contentés de reprocher à ces deux jurisconsultes célèbres d'avoir manqué, dans cette circonstance, de l'esprit judicieux qui les distingue dans toutes les occasions.

Mais Serres et Dupérier ne méritent pas ce reproche. Aucun d'eux n'a soutenu l'opinion que leur prête Merlin, ce dont il nous à été facile de nous convaincre en recourant à leurs œuvres.

Serres n'examine pas même notre question. Il est vrai qu'il enseigne que le mari peut, pendant le mariage, faire révoquer l'aliénation du bien dotal qu'il aurait lui-même consentie. Mais il y a loin de cette faculté à la nullité du cautionnement formellement donné par lui ou par tout autre, et l'existence de la première n'est certainement pas inconciliable avec la validité de celui-ci. Accor-

[1] Cass., 12 mai 1840 : — Limoges, 10 février 1844. — D. P. 40, 1, 225 ; 45, 2, 150. — * Voy. Troplong. IV, 3533 et 3555 ; Civ. cass, 31 janv. 1837. Sir., 37, I, 190 ; Civ. rej, 12 mai 1840, Sir., 40, I, 668 ; Req. 3 avril 1845, Sir., I, 45, 423 ; Civ. cass. 4 juill. 1849, Sir., 50, I, 283.

der l'une ne peut donc être considéré comme l'exclusion de l'autre, sur laquelle d'ailleurs, nous le répétons, Serres est complètement muet.

Il y a plus : tout fait présumer que si Serres eût examiné la questisn, il l'eût résolue dans un sens contraire à celui que lui prête Merlin. Serres écrivait dans le ressort du parlement de Toulouse. Or, comme l'enseigne Catelan, la jurisprudence de ce parlement admettait la garantie du mari, lorsque cette garantie avait été expressément stipulée.

Il n'en était pas de même du parlement d'Aix, et, quoiqu'un arrêt du 27 juin 1631 eût prononcé dans le sens de la jurisprudence de Toulouse, l'opinion contraire avait prévalu. C'est ce que Dupérier atteste lui-même. Est-ce à dire qu'il approuvât cette doctrine ? Mais, pour l'admettre ainsi, il faut fermer les yeux à l'évidence. Il faut surtout ne pas lire le jugement qu'il en porte lorsqu'il écrit : *C'est une jurisprudence qui m'a toujours paru fort étrange, et de laquelle on ne peut alléguer de raison solide, quoi que le sieur de Saint-Jean en ait dit, car il n'y a point d'exemple, dans tout le droit, qui décharge, des dommages-intérêts de l'éviction, celui qui l'a promise, bien que l'acheteur sût le vice du contrat; comme à la vente d'un bien substitué, ou en celle d'un bien appartenant à autrui, ou d'un fonds d'un pupille, quand le tuteur s'est obligé lui-même aux dommages-intérêts en son propre nom ; il en serait de même de l'acheteur d'une chose dérobée, encore qu'il l'eût su, si le vendeur lui en avait promis les dommages-intérêts en cas d'éviction* [1].

[1] Dupérier, *Maximes de droit,* liv. 5, t. 1, p. 525.

Voilà l'opinion du Dupérier, et certes elle qualifie assez durement la nullité du cautionnement, pour qu'il n'y ait aucun doute sur la manière dont il l'envisageait. C'est donc par une évidente erreur que Merlin l'a mis au rang des adversaires de sa validité. Il ne pouvait d'ailleurs en être ainsi sans placer ce jurisconsulte dans une contradiction flagrante avec lui-même. Ne vient-il pas de dire, en effet, que la prohibition d'aliéner le bien dotal, *primario spectat utilitatem privatam, secundario publicam, qu'en conséquence sa nullité était purement respective.* Or ce caractère relatif exerce sur la question une influence décisive.

1335. — En effet, qu'une nullité radicale, absolue, uniquement dictée par l'intérêt public, par la morale, par les bonnes mœurs, ne puisse devenir la matière d'un cautionnement, cela se conçoit sans peine. En pareille circonstance, le fait lui-même étant illicite, ne pouvant former la matière d'un engagement accessoire. La loi, protestant contre le premier, ne cesse pas de protester également contre le second, sa validité ne pouvant amener pour résultat unique que la consécration d'un fait prohibé par la loi. Il est donc évident que ce qui fait proscrire l'obligation doit faire également proscrire le cautionnement.

Il ne saurait en être de même pour la nullité relative. Le fait qui la motive n'est pas absolument incompatible avec l'intérêt public, avec la morale ou les bonnes mœurs. Sa prohibition a sa principale origine dans la position particulière d'une des parties, qui demeure l'arbitre souverain du sort futur de la convention. Le silence qu'elle s'imposera est un fait licite, dès-lors aussi la

garantie qu'on promet n'est plus que l'obligation de faire garder ce silence. Elle a donc pour objet un fait si peu condamné par la loi, qu'elle le consacre elle-même, en permettant que la vente du bien dotal soit ratifiée expressément ou tacitement. Cautionner cette vente, c'est promettre cette ratification et conséquemment souscrire une obligation que rien ne défend.

Ces conséquences du caractère de la nullité devaient saisir les éminents jurisconsultes qui nous ont devancé et qui sont restés nos maîtres. Elles devaient les conduire à proclamer la validité du cautionnement donné à la vente du bien dotal. Ce que la loi voulait, c'était la conservation de la dot; mais le principe admis, son application était laissée à l'arbitrage de la partie en faveur de laquelle la prohibition était plus particulièrement édictée. Le cautionnement ne faisait aucun obstacle à ce que le bien dotal fût intégralement restitué; qu'importait donc à l'ordre public que, le cas de restitution arrivant, des tiers qui s'y étaient volontairement et librement soumis fussent tenus à des dommages-intérêts? Du tiers à l'acheteur il n'existe aucun empêchement, ni quant à la capacité des personnes, ni quant à la disponibilité des biens[1].

1336. — Sous l'empire du Code civil, l'aliénation du fonds dotal n'ayant pas cessé d'être, dans ses causes et dans ses effets, ce qu'elle était sous l'ancien droit, on ne

[1] V. Lebrun, *de la Communauté*, l. 2, ch. 3, sect. 4, n° 29; — Catelan, l. 5, ch. 7, t. 1, l, p. 233; — Dupin sur Ferron, Let. E, n° 52; — Lavignerie, v° *Garantie*, art. 3; — deux arrêts du parlement de Bordeaux, des années 1725 et 1727; — du parlement de Toulouse, du 20 mai 1776.

saurait consacrer, pour ce qui concerne le cautionnement, une doctrine différente de celle que nous venons d'exposer. Les raisons que Merlin donne pour établir le contraire sont loin d'être concluantes.

Merlin, en effet, les puise exclusivement dans la discussion législative que l'article 1560, et notamment la faculté pour le mari de faire révoquer lui-même la vente du bien dotal, suscita dans le sein du conseil d'Etat. Il rappelle que cette faculté fut surtout déterminée par l'observation de M. Malleville que la vente, étant radicalement nulle, ne pouvait être opposée à personne.

Remarquons cependant que le doute ne s'élevait pas sur la question de savoir si cette faculté devait ou non être conférée au mari. La principale difficulté avait trait aux effets légaux de la révocation. Le mari devait-il être condamné à des dommages-intérêts, dans le cas même où l'acheteur avait connu la dotalité ? Ainsi le voulait M. Pelet, car, disait-il, le tiers peut acheter dans la persuasion que la vente se réduirait pour lui en des dommages-intérêts. Mais l'art. 1560 nous apprend que cette opinion fut repoussée.

Il résulte de là que la vente du fonds dotal n'entraîne légalement aucune garantie, lorsque le contrat prouve que l'acheteur a connu ou pu connaître le vice de la chose. Mais, de cette absence de garantie légale, faut-il conclure à la nullité de celle conventionnellement stipulée? C'est là ce que les débats législatifs n'autorisent pas de faire, car ils sont complètement muets sur celle-ci.

Nous avouons cependant que cette conclusion serait rationnelle et forcée, si la nullité de la vente était radicale et absolue. Mais c'est ce que nous contestons avec la raison et la loi elle-même.

La prohibition de l'aliénation du fond dotal est un statut purement réel. Il résulte de là que les époux, consentant cette aliénation, n'excèdent pas leur capacité. Ainsi, dit M. Troplong, considérée en soi, la femme mariée sous le régime dotal, n'est pas plus incapable de vendre son immeuble que la femme mariée sous le régime de la communauté.

Ce qui fait que l'aliénation ne vaut pas, *non valet*, c'est que l'immeuble est temporairement frappé d'indisponibilité, non pas certes en vertu du droit naturel, mais par suite d'une loi purement arbitraire, dont le fondement est d'abord l'intérêt de la femme et des enfants ; l'intérêt public n'est que le second plan ; il n'existe, en effet, que lorsque l'intérêt privé, passant de l'individu à la famille, acquiert les proportions d'un intérêt général.

Mais la faveur que la loi accorde à un point de vue général, n'en reste pas moins, au point de vue de chaque personnalité, une faveur purement privée, à laquelle chacun peut renoncer, au gré de ses convenances ou de son utilité. Renfermée dans ces limites, cette renonciation ne met en péril ni l'intérêt général, ni l'ordre public. Il est vrai que, même dans ces termes, la loi ne la consacre pas, mais elle la tolère tant qu'il plaît à la partie intéressée de la respecter. Elle fait plus encore, elle en impose l'exécution dans certains cas, preuve évidente qu'au fond même de l'aliénation du bien dotal, il y a une obligation naturelle dont il faut tenir compte.

N'est-ce pas cette obligation naturelle qui permet à la femme ou à ses héritiers de ratifier expressément en temps licite ? N'est-ce pas elle qui fait déduire cette ratification de l'exécution donnée à la vente après la dissolution du mariage ? N'est-ce pas elle, enfin, qui rend la vente

inattaquable par dix ans d'inaction et de silence à partir de cette dissolution ? Tout cela est-il conciliable avec l'idée d'une nullité radicale et absolue ? Supposez une obligation illicite ou immorale, par exemple un contrat usuraire ou une association de délits, est-ce qu'on pourra la ratifier expressément ou tacitement ? Est-ce qu'elle pourra jamais acquérir un lien obligatoire par le silence ou l'exécution plus ou moins prolongée ? Si tout cela se réalise pour la vente du bien dotal, c'est donc que cette vente n'est ni immorale, ni illicite, et que, dès lors, la nullité, quoique de droit, n'est ni radicale ni absolue.

1337. — Notre conclusion est plutôt renforcée que détruite par la discussion au conseil d'Etat. En effet, l'art. 1560 avait été primitivement rédigé en ces termes : Si, hors les cas d'exception qui viennent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement aliènent le fonds dotal, l'aliénation *sera radicalement nulle*. C'est précisément ce qui faisait dire à M. de Malleville qu'une vente, ainsi qualifiée, ne pouvait être *opposée à personne, car elle n'existait pas.*

Mais cette rédaction communiquée au Tribunat, celui-ci demanda et obtint la suppression de ces mots : *sera radicalement nulle*. Il fit observer qu'ils n'ajoutaient rien à la nullité légale, et que des difficultés pourraient naître sur son interprétation l'effet de la nullité est assez déterminé dans la rédaction proposée par la faculté de révoquer l'aliénation[1].

Or, il s'en faut que la faculté donnée au mari par l'art. 1560 exige que la nullité soit considérée comme

[1] Fenet, t. XIII, p. 619.

radicale et absolue. A côté de la qualité de vendeur, existe pour le mari celle d'époux, celle de père. L'action qu'on eût dû refuser à la première, était impérieusement commandée par les deux dernières, et c'est en l'une d'elles que le mari est censé agir dans l'action en revendication du bien dotal. Rappelons-nous ce que Voët nous disait naguère à ce sujet : *Non in suum, sed tantum in uxoris commodun, contra suum veniens factum.*

Ainsi, la nullité est purement relative, et de là nous tirons cette conséquence : que la vente du fonds dotal, renfermant une obligation morale, un lien naturel, est susceptible d'être valablement cautionnée. Ce n'est qu'en lui donnant un caractère absolu et radical qu'on a soutenu que la nullité de l'aliénation entraînait celle de toutes les obligations accessoires. Zachariæ seul admet cette dernière, tout en reconnaissant le caractère relatif de l'autre [1], mais cette opinion manque évidemment de logique. Elle est, de plus, formellement contredite par l'auteur lui-même, admettant, quelques pages plus bas, la validité du cautionnement de la femme [2].

1338. — La jurisprudence se prononce pour le cautionnement, soit en déclarant en principe que la nullité est relative, soit en validant les engagements pris à cet effet. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, du 3 août

[1] Tom. III, p. 579.

[2] Voyez pour la validité du cautionnement, Duranton, tom. XV, n° 525 ; — Duport Lavilette, quest. D. D., tom. III, p. 63 ; — Tessier, tom. II, notes 639, 691 ; — Rodière et Pont, tom. II, p. 437, n°s 588 et 592 ; — Troplong, *Contrat de mariage*, art. 1554 et 1569 et *du Cautionnement*, n° 87 ; — Ponsot, *Cautionnement*, n° 55 ; Bellot, tom. IV, p. 200.

1825, a déclaré que le cautionnement, donné à l'aliénation du bien dotal par les enfants de la venderesse, devait sortir à effet. C'est ce qu'avait jugé la Cour de Bordeaux; c'est ce que juge la Cour suprême, en rejetant le pourvoi.

Ce qui a été jugé dans cette espèce contre les enfants, a été décidé contre le mari par arrêt de la Cour de Grenoble, du 16 février 1847 [1].

1339. — Ce qui est admis contre le mari et les enfants, le serait inévitablement contre les tiers. Devrait-il l'être également contre la femme?

Ici encore le caractère relatif de la nullité doit exercer l'influence la plus décisive. La vente n'est certainement annulable qu'à cause de l'indisponibilité de l'immeuble aliéné. Supposez que cette indisponibilité n'existât pas, la vente sortirait à effet, si d'ailleurs elle était irréprochable sous le rapport de la capacité personnelle des parties. Or, c'est ce qui arrive lorsque la femme dûment autorisée, traite de ses paraphernaux.

En conséquence si la vente du bien dotal peut être valablement cautionnée, si les paraphernaux, pouvant être aliénés, peuvent être engagés, on ne voit pas les motifs qui porteraient à faire annuler le cautionnement donné par la femme.

En effet, dit M. Duranton, si une femme dûment autorisée s'était portée fort de faire avoir à Paul la maison de Jean, elle serait bien tenue d'après l'art. 1120, au cas où Jean, ne voudrait pas ratifier son engagement, et cependant elle ne pouvait pas plus disposer de la chose

[1] Sirey, 48, II, 55. — *Vide* Cass., 11 mars 1807 et 3 août 1825. — Riom, 31 janvier 1828.

d'autrui que de son immeuble dotal. Nous avons vu plus haut que la vente du fonds dotal est bien nulle sous le rapport de l'aliénation, mais non pas en ce sens que cette vente ne puisse être la matière d'un cautionnement. La loi n'avait aucune raison de le vouloir ainsi; pourquoi donc la femme ne pourrait-elle se cautionner en quelque sorte elle-même à cet égard par une promesse de garantie ? Elle n'aliènera pas, encore une fois, son immeuble dotal; elle s'obligera seulement sur ses paraphernaux, et le Code ne le défend pas, loin de là [1].

Cette opinion a été consacrée par la Cour de cassation le 5 mai 1818, par la Cour de Grenoble le 16 janvier 1828. L'un et l'autre de ces arrêts constatent que la promesse de garantie, formellement stipulée par la femme, n'empêche pas de poursuivre la révocation de l'aliénation du bien dotal, mais qu'elle oblige la femme sur ses biens paraphernaux.

L'opinion contraire a cependant été, depuis, consacrée par un arrêt de la Cour de Limoges, du 10 février 1844 [2]; mais ce qui enlève à cet arrêt toute autorité juridique, c'est qu'il considère, comme radicale et absolue, la nullité de la vente du fonds dotal, et qu'il n'admet celle du cautionnement que comme une conséquence de ce caractère. Or, nous avons prouvé que c'est là une erreur évidente qui, seule, doit faire proscrire le système dont elle est l'unique fondement [3].

[1] Tom. xv, nº 530 ; — V. Rodière et Pont, tom. ii, nº 492 ; — Toullier, tom. v. p. 335 ; — Tessier, tom. ii, p. 6 et suiv. — Zachariæ, tom. ii, p. 581.

[2] D. P., 45, 2, 150.

[3] La promesse de la femme qui garantit spécialement, avec l'autorisation du mari, la vente de l'immeuble dotal, est valable, et l'exécution peut en être poursuivie sur les biens paraphernaux — Duran-

1340. — Nous compléterons notre démonstration sur ce point en transcrivant un arrêt de la Cour d'Aix encore inédit, et qui nous paraît avoir fait une saine et remarquable appréciation des véritables principes. Cet arrêt rendu le 9 juillet 1849, s'exprime en ces termes :

« Considérant que, si, aux termes de l'art. 1554 du Code civil, la vente du bien dotal est nulle, cette vente n'est ni immorale, ni contraire à l'ordre public, ni d'un objet placé hors du commerce;

« Que, d'après l'art. 1560 du même Code, la femme a seulement la faculté de faire révoquer cette aliénation ; qu'elle peut, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, renoncer à cette faculté, soit expressément, en ratifiant; soit tacitement, en exécutant d'une manière complète le contrat;

« Que même son droit peut être atteint par la prescription, si elle ne réalise pas son action dans le délai de la loi;

« Que, d'autre part, les tiers qui ont contracté avec elle, ne peuvent invoquer la nullité de la vente ;

« D'où il suit qu'il ne s'agit là que d'une nullité relative, susceptible d'être valablement garantie, exemple l'art. 2012 du Code civil;

« Qu'on peut dire qu'il y a, dans le contrat, deux obligations distinctes : l'une principale susceptible d'être annulée; l'autre secondaire, parfaitement valable et devant sortir à effet ;

ton, xv, 530 ; Rodière et P. Pont, III, 1880 ; Aubry et Rau, v, § 537, p. 572 ; Civ. rej., 5 mars 1818 ; 4 juin 1851, Sir., 51, I, 465 ; Req. 20 juin 1853, Sir., 54, I, 5. — *Contrà*, Bellot des Minières, IV, p. 206 ; Troplong, IV, 3544 ; Marcadé, art. 1560, n° 4 ; Gide, *Revue critique*, 1866, XXIX, p. 89, n° 4.

« Que ces principes ne sont plus aujourd'hui sérieusement contestables ; que leur conséquence immédiate est de repousser l'application des articles 1131 et 1133 du Code civil ;

« Considérant que si la vente d'un immeuble dotal peut être valablemement garantie par les tiers, par le mari lui-même ; que si d'autre part, la femme peut aussi valablement garantir, sur ses paraphernaux, l'obligation annulable d'un tiers ou de son mari, on ne comprend pas comment elle ne pourrait pas garantir, sur ces mêmes biens, son obligation personnelle et naturelle ;

« Qu'il est certain que la femme mariée, même dotalement, n'est pas incapable et peut, avec l'autorisation de son mari, contracter toute espèce d'obligation qu'elle a aussi la libre disposition de ses paraphernaux. Si donc elle peut en disposer d'une manière directe et même en abuser, il ne peut lui être prohibé d'en disposer d'une manière indirecte, en les soumettant à l'exécution d'une obligation annulable, par elle contractée ;

« Qu'aucun texte de loi ne prohibe une pareille stipulation ;

« Considérant que par sa promesse de garantie, la femme ne confirme pas, d'une manière définitive, son aliénation ; qu'elle ne renonce pas à son droit de révocation ; que, par conséquent, elle ne rend pas illusoires les dispositions des articles 1554 et 1560 du Code civil, puisque, malgré cette garantie, elle peut toujours reprendre son bien dotal ; seulement, prévoyant le cas où elle usera de ce droit, elle s'oblige à garantie sur ses paraphernaux, dont elle a la libre disposition ; le principe de la conservation de la dot est donc parfaitement respecté ;

« Considérant qu'on a soutenu à tort que l'obligation

sur les paraphernaux, pouvant réfléchir contre la dot, devait être annulée ; car une action ne réfléchit contre une personne ou une chose, que lorsque cette chose ou cette personne se trouve par là obligée ; or dans l'espèce, la dot n'a jamais été obligée ni engagée ; elle rentre, au contraire, dans les mains de la femme ou de ses héritiers entière, franche et libre de toute charge ;

« Qu'on soutient, plus vainement encore, que la femme qui vend son bien dotal sans en faire connaître la nature, n'étant pas tenue de la garantie légale de tout vendeur, ne peut, par voie de conséquence, se soumettre à la garantie conventionnelle ;

Ce principe, qu'on veut faire découler, par un argument *a contrario*, du paragraphe de l'art. 1560, est fort contestable en lui-même, et la conclusion qu'on en tire n'est ni logique, ni exacte ;

« Pourquoi la garantie expresse et formelle de la femme ne sortirait-elle pas à effet ? C'est, dit-on, parce qu'on suppose la femme subjuguée par la puissance maritale ; mais alors il faudrait annuler, par le même motif, tous les engagements contractés par elle, même sur ses paraphernaux, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il y aurait abus de pouvoir, et le consentement serait vicié par défaut de liberté ; or, cela n'existe pas au procès actuel ;

« S'il était vrai que la femme ne dût pas, de plein droit, de dommages-intérêts à son acquéreur, ce serait uniquement pour punir la faute de celui-ci, qui, en traitant avec une femme mariée de la vente d'un immeuble, a négligé de se faire représenter le contrat de mariage ou de rechercher l'origine et la nature du bien vendu ; dans ce cas, on lui reprocherait, à bon droit sans doute, de n'a-

voir pas exigé des garanties ; il doit donc en être autrement quand la dotalité a été connue, et qu'à cause du danger d'éviction, l'acquéreur a réclamé et obtenu de la femme une garantie sur ses biens libres. »

1341. — On a agité la question de savoir si les époux vendant, comme libres, le bien dotal, peuvent être considérés et punis comme stellionataires. La négative nous paraît résulter de la disposition de l'art. 1670 du Code civil.

Cet article forme une législation spéciale, quant à la vente du bien dotal. Il la soustrait donc aux principes généraux en matière de vente ou d'hypothèque du bien d'autrui, et cela avec d'autant plus de raison, qu'il y a une antinomie parfaite entre ses dispositions et ces mêmes principes généraux.

Ainsi, comment soutenir que la femme, ayant dissimulé la dotalité du fonds aliéné ou hypothéqué, pourra, comme stellionataire, être condamnée à des dommages-intérêts, avec contrainte par corps, elle que l'art. 1560 déclare, dans ce même cas, n'être passible d'aucuns dommages-intérêts ?

Sans doute il n'en est pas de même du mari ; il est tenu à des dommages-intérêts, s'il a laissé ignorer la dotalité ; mais c'est là l'unique peine qu'il encourt. On ne saurait donc lui en appliquer une autre, et cela avec d'autant plus de raison, que l'acte qu'il commet, en vendant comme sien le bien dotal, ne constitue pas, à proprement parler, un véritable stellionat.

En effet, observe Troplong, le mari est le maître de la dot, *dominus dotis ;* il a, sur les biens la composant, un droit d'administration tellement absolu, qu'on peut

l'assimiler à une copropriété. N'est-ce pas en vue de cette copropriété qu'il est admis à revendiquer seul pendant le mariage ? qu'il perçoit les fruits à son profit [1] ?

La disposition qu'il en fait n'est donc pas, à proprement parler, la disposition de la chose d'autrui, et, quelque puissante que soit l'assimilation, il ne peut en être admis aucune en matière de stellionat. Une peine ne peut être encourue que dans les limites strictes, déterminées par la loi.

D'ailleurs, prononcer la contrainte par corps en matière de vente ou d'hypothèque du bien dotal, ce serait aller contre l'intention formelle du législateur et créer des engagements qui réfléchiraient contre la dot. En effet, celle-ci est aliénable pour tirer l'époux de prison, conséquemment, si son aliénation par celui-ci faisait prononcer l'emprisonnement, l'exécution du jugement nécessiterait une aliénation légale. De cette manière, la dot se trouverait indirectement atteinte par un acte auquel l'art. 1560 a voulu refuser tout effet légal.

Ainsi, l'unique réparation due à l'acquéreur trompé sur la nature de la chose vendue, est celle édictée par l'art. 1560. C'est ce que la Cour de Toulouse a expressément décidé le 22 décembre 1834.

1342. — L'action en révocation de la vente de l'immeuble dotal ne peut, durant le mariage, être exercée que par le mari ; elle n'appartient à la femme que du jour de sa dissolution ou de la séparation de biens. Les créanciers de l'un ou de l'autre sont-ils recevables à la faire valoir ?

Aucun doute ne peut s'élever à l'égard des créanciers

[1] *Contrat de mariage*, nos 3007, 3098, 3530.

du mari. C'est comme chef du ménage qu'il est surtout autorisé à agir, et cette qualité, éminemment personnelle, ne peut être, dans aucun cas, revendiquée par qui que ce soit.

Il n'en est pas de même des créanciers de la femme. Aussi a-t-on soutenu, d'une part, qu'à défaut de poursuites de sa part, ses créanciers sont recevables à faire révoquer l'aliénation dans tous les cas, en tant cependant que leurs droits seraient de nature à être exercés sur la dot[1]; d'autre part, on a distingué et enseigné que la prétention des créanciers devrait être admise ou repoussée, selon que la femme paraît ou non obligée en conscience à respecter l'aliénation[2].

S'il fallait opter entre ces deux opinions, nous n'hésiterions pas à adopter cette dernière. Mais il en est une autre qui nous paraît préférable, c'est celle qui refuse aux créanciers le droit d'intenter l'action.

Il suffit, à nos yeux, que l'aliénation du bien dotal crée une obligation naturelle, un lien moral, pour qu'on doive reconnaître à la femme seule le droit d'en mesurer la portée et de la respecter dès qu'elle s'y croit obligée. Ce droit nous paraît, d'ailleurs, la conséquence directe de la faculté de ratifier, qui ne lui a jamais été contestée.

L'obligation naturelle existe surtout lorsque la femme a retiré un profit quelconque du prix du bien dotal. Ce profit a pu se réaliser dans le cas de vente par le mari seul si le prix qu'il en a retiré, réellement versé dans le ménage, en a défrayé les besoins et assuré le bien-être. Sans doute ce profit n'est pas celui que la loi entend

[1] Zachariæ, tom. III, p. 579, note 12.
[2] Rodière et Pont, tom. II, p. 435, n° 585.

pour mettre la restitution du prix à la charge de la femme, mais, dans le for intérieur, la femme est obligée. Doit-on, lorsque, obéissant à un sentiment de justice, elle veut conformer ses actions aux inspirations de sa conscience, lui faire un devoir d'en agir autrement ?

De quoi, d'ailleurs, peuvent se plaindre les créanciers ? S'ils ont acquis cette qualité durant le mariage, le bien dotal ne leur a jamais été affecté ; on ne leur permettra pas même de l'exécuter après la dissolution. Que leur importe donc l'inaction de la femme ?

S'ils ont traité avec la femme depuis sa viduité, la prétendue libéralité qu'ils verraient dans l'abandon de l'action en révocation ne leur préjudicie nullement, en ce sens qu'ils n'ont pu raisonnablement compter sur un bien que leur débitrice ne possédait pas au moment où elle prenait cette qualité. Ils seraient, de plus, non-recevables à prétendre qu'elle a été faite en fraude de leurs droits. On peut donc, sans crainte les maintenir dans un état de chose qu'ils ont volontairement accepté.

Singulière moralité d'un système qui ne permettrait pas à une femme pieuse, dévouée à la mémoire de son mari, de l'honorer encore après sa mort en cachant la fraude qu'il a commise ! Qui lui ferait, au contraire, un devoir de publier sa turpitude et de souiller sa tombe par le scandale d'un pareil procès ! D'imposer, enfin, à des héritiers qui peuvent être ses propres enfants, et une flétrissure morale et la charge de restituer un prix dont elle a partagé le bénéfice et dont, en conscience, elle se considère comme codébitrice ! Non, la loi n'a pu autoriser, ni moins encore commander une pareille conduite, et voilà pourquoi, reculant devant son immoralité, nous

ne reconnaissons pas aux créanciers le droit de la contraindre, sous peine d'intervenir eux-mêmes.

D'ailleurs, la femme qui se tait, se reconnaît liée par un devoir de conscience. Est-ce qu'en matière pareille elle n'est pas le juge seul compétent pour le décider ? Sa décision doit donc être acceptée par tous ; nul ne peut être autorisé à rompre le silence qu'un sentiment d'honneur, de pitié, de justice lui fait garder [1].

1343. — L'action de la femme passe à ses héritiers, et ce que nous refusons aux créanciers de la femme, nous l'accordons aux créanciers de ceux-ci. Ils pourront donc exercer l'action que les héritiers négligeraient de faire valoir. Alors, en effet, il n'y a plus de biens indisponibles au regard de certains créanciers ; quels qu'ils aient été, ces biens, arrivant entre les mains de l'héritier, deviennent, indistinctement, le gage des créanciers, alors même que leurs titres seraient antérieurs au décès de la femme. L'éventualité d'un héritage profite aux créanciers qui ont pu l'entrevoir et y compter, car c'était là une chance qui devait se réaliser sans que l'héritier eût personnellement à la déterminer.

1344. — Cependant cette règle reçoit exception, notamment : 1° Si les héritiers de la femme avaient eux-mêmes acquis le bien dotal. Ils est évident qu'on ne sau-

* [1] La question est controversée : dans le sens de l'opinion qui refuse aux créanciers chirographaires de la femme le droit d'invoquer la nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal, *voy.* Troplong, IV, 3519 ; Marcadé, sur l'art. 1560 ; Aubry et Rau, V, § 537, p. 562 ; Civ. rej. 18 juill. 1859, Sir., 60, I, 432. — *Contrà*, Tessier, II, p, 86 ; Odier, III, 1336, Benech, *De l'emploi*, n° 104 ; Larombière, I, art. 1166, n° 12 ; Laurent, XVI, 421.

rait leur imposer l'obligation de se faire un procès à eux-mêmes, et surtout qu'en ne le faisant pas, ils ne se rendent pas coupables d'une fraude contre les droits de leurs créanciers. Ceux-ci ne trouveraient à étayer leur demande ni sur l'art. 1166, ni sur l'art. 1167 ; ils seraient donc non-recevables à l'intenter.

2° Si les héritiers de la femme étaient également les héritiers du mari. Mais cette exception est subordonnée à la condition que le mari serait tenu à garantie. En effet, l'existence de cette obligation ferait surgir contre les héritiers l'application de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Dans ce cas encore, les créanciers, ne pouvant agir que comme les ayants cause de leurs débiteurs, subiraient, comme ceux-ci, l'effet de cette fin de non-recevoir péremptoire.

Indépendamment de ces exceptions personnelles aux héritiers, ceux-ci ou leurs créanciers pourraient être écartés par celles opposables à la femme elle-même. Celles-ci sont, on le sait : la ratification et la prescription.

1345. — La ratification, pour être utilement opposable, doit avoir été donnée à une époque où le fait, déterminant le vice de l'acte, a complètement disparu et où, par conséquent, les parties seraient toutes libres de contracter. Or, cette époque pour le vice de dotalité ne peut être que celle de la dissolution du mariage; elle seule, en effet fait disparaître l'indisponibilité du bien qui en est affecté. La séparation de biens change le régime matrimonial, quant à la jouissance des biens dotaux qu'elle confère à la femme, mais elle n'affecte en rien le caractère des biens. Ce qui était inaliénable avant la sépa-

ration, reste inaliénable après. Toute disposition qui en serait faite continue donc d'être interdite. A ce titre, la ratification expresse ou tacite resterait sans effet[1].

La ratification, donnée en temps opportun, ne serait susceptible d'aucune difficulté, si elle était expresse. L'art. 1338, qui en détermine les conditions, en règle les effets.

1346. — Il n'en est pas de même de la ratification tacite : elle résulte de l'exécution donnée à l'acte, et la nature de cette exécution est dans le cas de soulever des doutes sérieux. On s'est, entre autre, demandé si la réception par la femme, depuis la dissolution du mariage, des intérêts échus du prix de l'aliénation, constituerait une ratification valable.

Nous avons dit ailleurs que, dans les actes constitutifs de la ratification tacite, on devait exiger la réunion, autant que possible, des caractères prescrits à la ratification expresse, à savoir : qu'ils impliquassent la connaissance du vice et l'intention de le purger[2]. C'est par application de cette règle que nous résoudrons la difficulté proposée.

Nous distinguerons donc le cas où l'aliénation a été consentie par la femme, soit séparément, soit conjointement avec son mari, du cas où l'aliénation procède du mari seul.

* [1] La confirmation n'est pas possible tant que la défense d'aliéner subsiste. Mais la prohibition disparaît, lorsque le mariage est dissous ; il en est autrement en cas de séparation de biens. Dans le premier cas, rien ne s'oppose plus à la confirmation ; *Secùs* dans le second. — *Voy.* Rodière et P. Pont, III, 1882 ; Troplong, IV. 3565 ; Aubry et Rau, V, § 537 ; Req. 11 juillet 1859, Sir., 60, I, 35.

[2] V. *sup.*, n° 595.

Dans le premier, la femme n'a pu ignorer ni la nature, ni la cause du payement qui lui est offert. Son droit de refuser est incontestable, puisque la dissolution lui a conféré l'action en nullité de l'aliénation, et ce droit, elle l'exercera si son intention est de poursuivre cette nullité. A quoi bon, en effet, exécuter un contrat dont elle entend se délier, qu'elle doit considérer comme n'existant plus et ne devant produire aucun effet? Si, au lieu de refuser, elle accepte, on ne peut voir là qu'une exécution volontairement et librement donnée à un contrat dont elle connaît parfaitement le vice, dont cette exécution le purge suffisamment. Dirait-elle qu'elle n'a cru recevoir que les revenus de l'immeuble? Mais une pareille excuse ne serait pas acceptable de la part de celle qui connaît la vente dont cet immeuble a été l'objet et à laquelle elle a participé, si elle ne l'a pas consentie seule.

Dans la seconde hypothèse, la femme a pu ignorer la vente faite par le mari seul. Le fait unique d'avoir accepté l'intérêt du prix spontanément offert par l'acquéreur, pourrait ne pas paraître une ratification valable. Les faits et circonstances au milieu desquels ce payement a été effectué, son époque plus ou moins rapprochée du décès du mari, peuvent être utilement consultés et devenir des éléments essentiels de l'appréciation que la loi laisse à la prudence et aux lumières des juges.

Mais, la ratification résulterait infailliblement des payements géminés, successivement reçus par la veuve. L'erreur, possible lors d'un premier, ne saurait être admise pour un second, pour un troisième, car l'intervalle qui s'est écoulé entre l'un et l'autre a laissé à la femme le temps nécessaire pour s'instruire de ce qu'est devenue sa dot et de connaître, par conséquent, la disposition

illicite qu'en avait faite le mari. Dès lors, aussi, reviennent les considérations exposées dans la première hypothèse. Le payement accepté en connaissance du vice, ne peut être considéré que comme la volonté formelle de purger celle-ci.

Il en serait, à plus forte raison ainsi, même dans le cas d'un payement unique, si ce payement n'avait été effectué qu'à la suite de poursuites exercées pour le déterminer. L'existence de ces poursuites enlève toute équivoque sur l'intention de la partie qui les a dirigées. On mentirait à l'évidence si on ne les considérait pas comme une exécution volontaire et formelle du titre, et, par conséquent, comme constituant une ratification incontestable [1].

1347. — Les actes de ratification, personnels à la femme, sont opposables à ses héritiers. De plus, et comme la femme elle-même, ceux-ci pouvant ratifier de leur chef, leur poursuite peut être écartée par les actes d'exécution auxquels ils se seraient livrés depuis la mort de leur auteur, tout comme par la ratification expresse qu'ils auraient consentie.

1348. — La prescription constitue une autre fin de non-recevoir opposable à la femme et à ses héritiers, mais elle ne peut courir pendant la durée du mariage.

* [1] Sur les effets de la réception par la femme, pendant un certain temps après la dissolution du mariage, des intérêts du prix de vente, ainsi que sur les conséquences des poursuites infructueuses par elle exercées pour avoir le paiement du prix de vente, *voy.* Merlin, *Rép.* v° *Dot*, § 8, n° 2; Sériziat, n° 193; Rodière et P. Pont, III, 1882; Troplong, IV, 3564; Req. 22 févr. 1827; 27 juillet 1829; Civ. rej. 12 mai 1840, Sir., 40, I, 668.

Cette règle n'est pas seulement la conséquence de l'inaliénabilité du fonds dotal, elle tient surtout à cette circonstance que, pendant que le mariage existe, la femme est dans l'impuissance d'exercer les actions concernant la dot. Cette impuissance a dû lui faire appliquer la maxime : *contra non valentem agere non currit prescriptio.*

Cette impuissance venant à disparaître, entraîne avec elle l'imprescriptibilité. C'est ainsi que l'art. 1561 déclare que les biens dotaux sont prescriptibles après la séparation de biens. Par cette séparation, la femme acquiert l'exercice de ses actions. Elle peut donc agir, et, si elle ne le fait, elle se constitue en état de négligence susceptible d'éteindre son action, si elle se prolonge assez pour que la prescription soit acquise.

Toutefois l'art. 1561 ne doit point être isolé de l'art. 2256. La loi n'oblige la femme à agir que lorsqu'elle le peut matériellement et moralement. Cette liberté morale n'existe pas lorsque l'action de la femme doit avoir pour résultat un recours contre le mari. Conséquemment, le législateur dispense, dans ce dernir cas, la femme d'agir, et cette dispense empêche la prescription de courir.

Or, aux termes de l'art. 1560, le mari est tenu des dommages-intérêts lorsque le caractère de dotalité a été dissimulé à l'acquéreur. Conséquemment la femme séparée de biens n'est tenue de demander la révocation qu'en tant que l'acquéreur a connu le vice du contrat. Dans ce cas, la prescription court à partir de la séparation; dans tous les autres cas, du jour de la dissolution du mariage seulement.

1349. — Ce point de départ ainsi posé, quelle est la durée du temps requis pour prescrire? Ici encore il faut distinguer si l'aliénation est le fait unique du mari, ou si elle a été consentie par la femme, conjointement ou séparément.

La vente à laquelle la femme a participé constitue un acte annulable. Elle est donc régie, quant à la prescription, par l'art. 1304 du Code civil. L'action est donc éteinte par le laps de dix ans, à partir du moment où l'obligation d'agir a été imposée à la femme, suivant les règles que nous venons de tracer.

La vente consentie par le mari a été faite sans droit réel à la propriété. Il s'agit donc, pour l'acquéreur, d'acquérir cette propriété, et, on le sait, la durée de la prescription, à cet effet, est ordinairement de trente ans.

Donc, l'acquéreur, traitant avec le mari seul, ne prescrira que par trente ans, en supposant, toutefois, qu'il ait connu le vice de la chose. En effet, si le mari a vendu l'immeuble dotal comme sien, si l'acquéreur a été de bonne foi, l'existence de celle-ci et du juste titre permettra au tiers d'invoquer la prescription de dix ou de vingt ans [1].

[1] Tessier, t. II, p. 110 et 111; — Troplong, art. 1561, nos 3583, 3584. —* On décide généralement que l'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal consentie, soit par les deux époux conjointement, soit par la femme seule, se prescrit par dix ans à partir de la dissolution du mariage (art. 1560 et 1304 C. civ. combinés). — Civ. rej., 31 mars 1841, Sir., 41. I, 397.

Mais si l'immeuble dotal a été vendu par le mari seul, plusieurs auteurs pensent que la prescription décennale de l'article 1304 n'est pas applicable : la femme, dit-on, n'ayant point été partie au contrat, la vente doit être considérée à son égard comme une vente de la chose d'autrui. — Toullier, XIV, 232 ; Duranton, XV, 521 : Rodière et P. Pont, III, 1894; — Laurent, XXIII, 504. — *Contrà*, Delvincourt, III, p. 112;

1350. — La fraude ayant pour objet de porter atteinte à la liberté individuelle ou de dissimuler une incapacité, est une fraude à une loi d'ordre public et d'intérêt général; elle ne saurait, dès lors, produire aucun effet. Quelle que soit la cause apparente du contrat, son annulation est une conséquence inévitable de la constatation du caractère illégal ou illicite de sa véritable cause.

1351. — C'est là un principe qui n'est pas contestable, qui n'a jamais été contesté; mais son application suscitera des difficultés. Le demandeur, s'il a été partie en l'acte, se trouvera en présence de diverses fins de non-recevoir. On lui opposera notamment la foi due à l'acte régulier, la prohibition de toute preuve testimoniale outre et contre son contenu, prohibition bien plus étroite contre celui qui, complice de la fraude qu'il dénonce, vient en définitive exciper de sa propre turpitude.

Mais, nous l'avons déjà dit, ces difficultés sont de nature à être tranchées par le caractère de la fraude qu'il s'agit de réprimer. Il est permis à chacun de renoncer à un avantage personnel résultant d'une loi positive, mais personne ne peut se placer au-dessus d'une loi prohibitive,

Troplong, IV, 3583; Marcadé, art. 1560, n° 5; Aubry et Rau, V, § 537, p. 756 et suiv. — MM. Aubry et Rau enseignent cependant que si le mari avait vendu l'immeuble dotal *comme lui appartenant*, l'action en revendication de la femme ne s'éteindrait qu'indirectement par le résultat de l'usucapion de dix à vingt ans, ou de trente ans accomplie au profit de l'acquéreur. « Le mari ayant vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant, on ne peut plus, disent-ils, admettre que la femme ait été représentée au contrat. L'action qui lui compète est donc une véritable action en revendication, et non plus l'action en nullité dont s'occupe l'art. 1560 « (*Loc. cit.*, p. 569).

en suspendre ou en détruire les effets, ni se soustraire à des prescriptions sanctionnées dans un intérêt général, ou par des motifs commandés par l'ordre public, la morale et les bonnes mœurs. Toute tentative dans ce but est condamnée à une impuissance absolue, et le contrat la renfermant ne contient aucun lien légal, même à l'endroit des parties l'ayant consenti. Nous en avons déjà offert quelques exemples en parlant des contrats usuraires, de ceux ayant pour objet de se soumettre à la contrainte par corps hors des cas expressément prévus par la loi. Nous pourrions en citer beaucoup d'autres, nous nous contenterons d'en rappeler quelques-uns, parce que les hypothèses les constituant peuvent plus souvent s'offrir à l'appréciation des tribunaux.

1352. — La promesse de mariage, en tant qu'elle a pour objet de contraindre à sa célébration, est réprouvée par la loi d'une manière absolue. Son inexécution pure et simple ne saurait donc devenir la matière même d'une action en dommages-intérêts. Cette doctrine n'est pas universellement admise, et de nombreux arrêts ont décidé le contraire[1]. Mais ces arrêts ne me paraissent pas juridiques. En principe, l'exécution d'une promesse de mariage ne pouvant être exigée, celui qui la refuse ne fait qu'user d'un droit que la loi lui reconnaît formellement. Comment donc trouver dans l'exercice d'un droit la matière d'une adjudication de dommages-intérêts ?

Nous n'accorderions ces dommages-intérêts que lorsque la rupture de l'engagement a réellement causé un préjudice matériel ou moral à la partie délaissée ; par

[1] V. Dalloz, *Dict. gén.*, v° *promesse de mariage*, n°s 15 et suiv.

exemple, s'il s'est écoulé un temps considérable dans les préparatifs du mariage; si les fréquentations ont amené une grossesse; si les causes de la rupture publiquement dévoilées sont injurieuses ou diffamatoires, ou de nature à mettre obstacle à un nouvel établissement; si des frais en préparatifs de noces, en contrats de mariage, ont eu lieu. Il est évident, dans tous ces cas, qu'une indemnité est due. Mais l'origine de cette obligation réside alors légalement dans le préjudice volontairement causé, et dont la réparation est commandée par l'art. 1382 du Code civil.

L'exception *feci sed jure feci* légitime bien le refus de célébrer le mariage, mais elle ne pourrait dispenser de l'obligation de réparer le préjudice qui eût été épargné si la volonté du refusant se fût manifestée en temps opportun, et surtout avant que des faits graves, comme une grossesse, pussent lui être reprochés [1].

* [1] Plusieurs auteurs enseignent qu'une promesse de mariage produit une obligation susceptible de donner lieu à des dommages-intérêts en cas d'inexécution. Toullier, VI, 293-303; Merlin, *Rép.* v° peine contractuelle, § 3, n° 3. Dans cette opinion, la clause pénale ajoutée à une semblable promesse est valable et doit produire tous ses effets.

Nous préférons l'opinion contraire, suivant laquelle la promesse de mariage est nulle en elle-même, et qui, par suite, décide que son inexécution ne peut donner lieu à l'application des art. 1142 et 1149, C. civ., ni faire encourir les peines qui auraient été stipulées. — Delvincourt, I, p. 127; Duranton, II, 187, X, 319 à 321 et 369; Demolombe, III, 28-32; Glasson, n° 96; Aubry et Rau, V, § 454, p. 33 et suiv.; Laurent, II, 305-308.

La jurisprudence est en ce sens : Req. 17 août 1814; Civ. rej., 21 déc. 1814; 6 juin 1821; 27 juin 1833, Sir. 33-1, 548; Chamb. réun. rej. 7 mai 1836, Sir., 36, I, 574; Civ. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, I, 492; Civ. cass., 11 juin 1838, Sir., 38, I, 494; Req. 26 mars 1845, Sir., 45, I, 539.

— Mais si la promesse de mariage avait été suivie de séduction et de

1353. — L'illégalité de la promesse de mariage entraîne de plein droit celle de toutes les clauses accessoires, destinées à en forcer l'exécution, notamment la clause pénale par laquelle on s'est engagé, à défaut du mariage promis, de payer une somme d'argent plus ou moins importante [1].

Les dédits, en cas de rupture, sont entachés d'immoralité ; indépendamment du lien qui en résulterait et qui créerait un obstacle à la liberté individuelle, ils pourraient faciliter de honteuses spéculations contre l'honneur ou la fortune de celui qui se laisserait aller à les consentir. Il ne manque pas d'intrigants adroits, de coquettes habiles qui exploiteraient une passion qu'ils savent adroitement faire naître et entretenir, une fièvre qu'ils excitent ; et plus leur position leur paraîtrait, en égard à la famille de leur dupe, être un obstacle au mariage, et plus ils songeraient à grossir la somme du dédit.

D'autre part, n'est-il pas évident qu'on ne saurait tolérer ces engagements que d'avance des pères de famille prennent à l'égard de leurs enfants ? Ce qui peut, en

grossesse, le préjudice ainsi causé autoriserait la femme à exercer, en vertu de l'art. 1382, une action en dommages-intérêts contre son séducteur. Glasson, n° 102, Req. 24 mars 1845, Sir., 45, I, 539 ; Civ., rej., 26 juill. 1864, Sir., 65, I, 33. — On peut dire, d'une manière plus générale, que si le seul fait de l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut par lui-même motiver une condamnation à des dommages-intérêts, celui qui manque à une telle promesse peut cependant y être condamné, non parce qu'il a fait une promesse, mais parce que, ensuite de cette promesse, l'autre partie a éprouvé un dommage matériel ou même moral. — *Voy.* Demolombe, III, 30 ; Laurent, II, 308.

* [1] Voy. la note précédente.

effet, en résulter, c'est que différents de goût, de caractère, les futurs époux, ne se convenant d'aucune manière, ne soient condamnés à s'unir que pour cimenter leur malheur commun. Il importait donc de les prémunir contre une mutuelle antipathie.

Mais ce qui importait surtout, c'était d'assurer la liberté de mariages : *Libera esse matrimonia antiquitas placuit ; ideoque pactanon liceret divertere non valere*[1]. C'est cette antique règle que notre Code a consacrée, qu'il ne pouvait pas ne pas consacrer sans méconnaître la mission sociale qu'il avait à remplir. Le mariage, source de la famille, touche immédiatement à l'Etat. Le dégager de toute entrave, c'était agir dans l'intérêt de celui-ci. Aujourd'hui donc, comme toujours, tout ce qui porte atteinte à sa liberté illimitée est considéré comme contraire à la morale, aux bonnes mœurs, à l'ordre public, et, conséquemment, incapable de produire le moindre effet.

1354. — La nullité d'un dédit de mariage n'est pas même contestée, mais ce principe n'a pas fait disparaître l'abus. Ceux qui persistent à vouloir en profiter ne trouvent dans cette nullité qu'un motif de plus pour donner à la convention une apparence de sincérité, en l'affublant d'une forme dont les dehors paraissent irréprochables. Ainsi, au lieu d'un dédit, ils se font souscrire une obligation pure et simple, causée pour prêt d'argent. Puis le mariage ne s'accomplissant pas, soit par le refus du souscripteur, soit sur leur refus personnel, ils poursuivent le payement de l'obligation dont ils sont porteurs.

[1] L. 2, Cod. *de Inut. stipul.*

Devant les tribunaux, naissent alors les diverses fins de non-recevoir déjà indiquées, le défendeur excipe-t-il du véritable caractère de l'acte ? On ne manque pas de lui opposer les énonciations de l'acte ? l'irrecevabilité de la preuve par témoins, tant en vertu de l'art. 1341, que de la maxime *nemo auditur...*, etc.

Ce qui domine et doit nécessairement dominer l'appréciation d'un pareil litige, c'est une considération que nous trouvons développée dans une consultation de M. Dalloz sur un procès de cette nature. Les prohibitions que le législateur établit dans l'intérêt des mœurs et de l'ordre public, ne tirent leur sanction et leur efficacité que de la difficulté de les enfreindre, et de recueillir le fruit de leur infraction. En vain, le législateur aura déclaré illicite toute obligation fondée sur une promesse de mariage ; en vain il aura frappé de réprobation tout contrat qui aura pour objet une immoralité ou un crime. Ses dispositions seront impuissantes s'il est permis de déguiser le caractère du contrat, si l'on peut impunément cacher la cause honteuse de la convention sous le voile apparent d'une stipulation légitime, ou, ce qui est la même chose, si l'on interdit la preuve testimoniale qui, seule, en pareil cas, peut démasquer la fraude à la loi et venger l'offense à l'ordre et à la morale.

1355. — M. Dalloz avait parfaitement raison, lorsqu'il ajoutait qu'il est des choses que la loi n'a pas besoin d'exprimer formellement, tant elles s'induisent de son esprit. Dans cette catégorie, se place évidemment l'exception à la prohibition de l'art. 1341 du Code civil, lorsqu'il s'agit, non plus d'une simulation licite, mais de la violation formelle d'une loi d'ordre public. On ne

saurait soutenir le contraire sans accuser le législateur de n'avoir pas eu le courage de son opinion, puisque voulant la fin, il aurait proscrit les moyens.

Quant a l'allégation invoquée, que la simulation du contrat ne peut être invoquée testimonialement que par les tiers, elle est vraie, lorsqu'il s'agit d'une de ces simulations incapables d'imprimer à l'acte un caractère d'invalidité quelconque. Ainsi, on refusera à la partie de prouver que le contrat, qualifié vente, est un donation. Pourquoi ? parce que la personne, capable de vendre et de donner, n'a, à cette preuve, aucun intérêt réel. En effet, la vente, n'existant plus comme vente, vaudra comme donation, et devra, comme telle, sortir à effet. La preuve testimoniale du véritable caractère de l'acte serait donc complètement inutile : *Frustra probatur quod probatum, non relevat.*

On refusera la preuve testimoniale à la partie l'invoquant, lorsqu'à son aide, elle voudra établir que la vente qu'elle a consentie, ou l'obligation qu'elle a souscrite, n'a aucune cause réelle. Cette absence de cause, elle a pu et dû la faire constater au moment du contrat par une contre-déclaration sans l'existence de laquelle l'acte, n'ayant rien de contraire à la loi, est accepté par elle comme l'expression de la vérité et devient la règle unique des parties.

Osera-t-on dire qu'il doit en être de même de la preuve que l'acte déguise une illégalité, qu'il n'a été fait que pour éluder une prohibition d'ordre public ? Est-ce que, d'une part, la preuve acquise ne ferait pas immédiatement tomber l'acte ? Est-ce que, d'autre part, l'absence d'une contre-déclaration n'est pas la conséquence nécessaire, forcée du véritable but des parties ? Comment

exiger que ceux qui, voulant violer la loi, éprouvent le besoin de dissimuler, aillent precisément donner la preuve écrite de la véritable nature du traité ? Donc la preuve n'est plus illusoire, et comment l'acquérir jamais, si la partie elle-même est et doit être déclarée non recevable à l'administrer ?

En d'autres termes, il ne faut pas confondre les simulations licites ou ne concernant que l'intérêt privé avec celles dont l'unique objet est de violer une loi d'ordre public ou d'intérêt général. Si la partie qui y a volontairement concouru, ne peut prouver par témoins les deux premières, l'intérêt de la loi exige impérieusement qu'on l'admette à le faire pour cette dernière; décider le contraire ce serait méconnaître l'intention du législateur, tolérer et même encourager la violation des prescriptions les plus sacrées.

Or, on distinguera facilement la simulation licite de celle qui ne l'est pas. On n'a qu'à se demander si les parties pouvaient faire directement, ce qu'elles ont fait indirectement; si oui, la simulation est indifférente. Tout ce qu'on en induira, c'est qu'entre plusieurs manières de faire un acte, les parties ont choisi celle qu'elles ont jugé la plus convenable; en cela, elles ont usé de leur droit, et n'ont fait que ce que la loi ne leur défendait pas de faire.

Dans le cas contraire, la prohibition d'agir directement atteint la voie indirectement choisie; l'acte est nul aux yeux de la loi, et non-seulement la partie sera recevable à exciper de cette nullité, mais elle pourra encore l'établir par témoins. C'est ce qu'on admet sans difficulté pour la dette de jeu, pour l'usure, pourquoi ne l'admettrait-on pas pour le dédit de mariage ? La loi, qui pro-

hibe ce dernier, ne procède-t-elle pas de motifs identiques à ceux qui lui font proscrire l'usure et le jeu? Conséquemment, si la preuve testimoniale est admissible dans un cas, elle doit l'être également dans l'autre; le contraire avait cependant été admis par la Cour suprême, le 29 mai 1827[1].

1356. — En conséquence, elle avait cassé un arrêt de la Cour de Riom, qui avait admis le souscripteur d'une obligation, à prouver par témoins que la cause réelle de cette obligation était une promesse de mariage. La Cour de Lyon, investie par le renvoi, jugea comme la Cour de Riom, et son arrêt devint l'objet d'un nouveau pourvoi soumis aux chambres réunies.

Le résultat de ce second examen fut l'abandon complet de la jurisprudence de 1827. En effet, l'arrêt qui intervint consacra les deux propositions suivantes, dans lesquelles se résume toute notre doctrine, à savoir :

1° Qu'une promesse de mariage, à laquelle celui qui l'a faite a attaché, pour le cas d'inexécution, une clause pénale, consistant dans l'obligation de payer une somme d'argent, est nulle comme contraire à la liberté des mariages et illicite, ainsi que la clause pénale qui n'en est que l'accessoire;

2° Que le souscripteur lui-même d'un billet causé pour prêt est admissible à prouver par témoins que cette cause est simulée, et que la cause réelle est illicite comme consistant, par exemple, en une promesse de mariage avec clause pénale[2].

[1] D. P. 27. I, 253.

[2] Cass., 7 mai 1836; — D. P., 36, I, 161. * — Junge. Civ. cass., 11 juin 1838, Sir., 38, I, 492 et 494.

1357. — Les traités sur succession future étaient prohibés en droit romain ; on les considérait comme renfermant *votum alicujus mortis* et offensant ainsi la morale. Une exception était cependant admise en faveur des traités que celui de la succession duquel il s'agissait avait consenti et qu'il n'avait pas rétracté avant de mourir [1]. Cette exception s'était introduite dans la plupart des pays de droit écrit et dans un grand nombre de coutumes.

Mais la faculté de renoncer à la succession, même dans ces conditions, avait été restreinte au contrat de mariage et moyennant une dot constituée à la renonçante, ce qui ne l'empêchait pas, d'ailleurs, d'hériter si au décès du constituant, il n'existait pas d'autres héritiers, ou si les héritiers mâles, au profit desquels la renonciation était censée faite, prédécédaient les père et mère. Elle conservait, dans tous les cas, le droit de réclamer un supplément de légitime, si la dot constituée ne remplissait pas en entier celle lui revenant [2].

1358. — Cette législation fut abrogée par les lois intermédiaires et notamment par celle du 22 ventôse an II et plus tard par l'art. 971 du Code civil. Certes, les termes de sa disposition sont assez clairs, assez positifs, mais, pour éviter toute difficulté possible, le législateur a cru devoir, dans l'art. 1130, revenir sur le principe, en ajoutant cette fois que la nullité d'un pacte sur succession future ne saurait être corrigée par le concours et le consentement donné par celui-là même de la succession duquel il s'est agi.

[1] L. 4, Cod. *de Inut. stipul.*, L. 30, Dig. *de Pact.*

[2] Serres, *Inst.*, p. 257 ; — Ferrières, quest. 192 ; — Catelan, liv. 2, chap. 20.

Le motif de cette prohibition est d'ordre public. Nos mœurs ne permettaient pas de pactiser sur la succession d'un homme vivant sans outrager les lois de la morale et de l'honnêteté publique. On est donc revenu à la législation romaine sur cette matière; tout acte de ce genre, renfermant *votum alicujus mortis,* a été sévèrement et absolument proscrit.

1359. — Violer cette prohibition, c'est méconnaître une loi d'ordre public. Conséquemment, la nullité encourue est absolue et radicale; l'acte qui en est vicié n'a jamais eu que l'apparence d'un contrat incapable de créer un lien quelconque.

Ce caractère de la nullité amène à cette autre conséquence : que le traité sur succession future, déguisé sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ne saurait, comme le traité direct, produire le moindre effet, et que la partie elle-même est recevable à prouver la simulation, fut-ce même par témoins. Il importe peu que l'acte simulé soit intervenu de cohéritier à cohéritier, ou de cohéritier au propriétaire; il suffit qu'il constitue un pacte sur succession future, pour que les conséquences que nous venons d'indiquer se réalisent immédiatement.

1360. — L'existence de la simulation sera facilement appréciable, lorsque le traité émanera de cohéritier à cohéritier, ou de celui-ci à un tiers. Il est, en effet, difficile d'admettre qu'on stipule, comme actuel l'effet d'un contrat ne pouvant recevoir aucune exécution avant la mort du propriétaire de la chose qui en fait l'objet. Peut-être même que le prétendu débiteur stipulera ne devoir payer qu'avec et sur ce qui lui reviendra dans la succes-

sion. C'est ce qui se réalisait dans une espèce jugée par la Cour de Rennes, le 2 décembre 1837, et dans laquelle il fut décidé qu'un acte de cautionnement déguisait un traité sur succession future dont la partie pouvait poursuivre la nullité [1].

Mais il y aura plus de difficultés lorsque le traité interviendra entre le propriétaire et un tiers, héritier présomptif ou non. L'acte, en effet, peut contenir des clauses telles, qu'il soit difficile d'en apprécier le véritable caractère. Le propriétaire peut disposer de ses biens comme il l'entend, et nul doute que si l'acte renfermait un désinvestissement actuel et irrévocable, il devrait infailliblement sortir à effet, car, en le supposant nul comme vente, il n'en vaudrait pas moins comme donation déguisée.

1361. — Cependant il n'est pas probable que si l'intention réelle des parties a été de traiter sur succession future, ce caractère de l'acte simulé ne se décèle pas dans quelques-unes de ses clauses. En effet, cette intention ne comporte pas un désinvestissement actuel et irrévocable. Celui qui ne veut donner qu'à sa mort, s'en explique plus ou moins expressément. C'est donc dans les clauses mêmes de l'acte qu'il conviendra d'en rechercher la portée réelle; c'est surtout dans ce qui se rapporte au mobilier que cette recherche a des chances de succès.

On comprend, en effet, qu'un individu transmette ses immeubles actuellement, même lorsque la pensée de cette transmission se réfère à une donation pour cause de

[1] J. d. P., tome I, 1839, p. 320.

mort. Dans ce cas, la réserve de l'usufruit ou le payement d'une rente viagère concilie très bien le véritable caractère de l'acte avec l'apparence qui lui a été donnée.

Mais il n'en est pas de même du mobilier. Il n'est pas dans la nature des choses que celui qui ne veut le transmettre qu'à sa mort, s'en dépouille actuellement. Conséquemment, la vente dissimulant le pacte sur succession future, en règlera le sort d'une manière qui suffira pour permettre de saisir la véritable intention des parties contractantes.

1362. — Par exemple, vendre le mobilier qu'on délaissera à son décès, n'est pas autre chose que disposer de son hérédité, et, conséquemment, se placer en contradiction avec les principes consacrés par les articles 971, 1130 et 1600 du Code civil. De quelque manière donc que ce fait soit dissimulé dans le contrat, son existence certaine ne laisserait aucun doute sur l'objet qu'on s'est réellement proposé, et la nullité de l'acte en serait la conséquence forcée. Or, ce fait se réaliserait, si, aliénant son mobilier actuel, le vendeur se réservait la faculté d'en disposer comme bon lui semblerait, avec stipulation que l'acquéreur, en remplacement de ce qui aurait été aliéné par le vendeur, prendra celui qui se trouvera dans sa succession au jour de son décès.

Un pareil acte, on le comprend, n'est pas une vente. La propriété du mobilier, qui paraît en faire la matière, n'est pas transférée ; elle ne cesse pas d'appartenir au vendeur, puisque seul, il en exercera les attributs, et que seul, il pourra ultérieurement en disposer.

On ne pourrait, par les mêmes motifs, y voir une donation. *Donner et retenir ne vaut,* et cela se réalise toutes

les fois que la condition essentielle de toute donation, à savoir : le désinvestissement actuel et irrévocable ne se rencontre pas. Sans doute, il importe peu que ce désinvestissement s'applique cumulativement à la possession et à la jouissance, ou qu'il n'ait trait qu'à l'une ou à l'autre. Mais, dans l'espèce, il n'y en a aucun avant la réalisation du décès. Dès lors aussi, la donation qu'on voudrait rencontrer n'est, en réalité, ouverte et certaine qu'à l'époque du décès. Elle ne porte que sur ce que le donateur prétendu délaissera à sa mort.

Ainsi réduite, cette donation est nulle sous un double rapport ; elle constitue, en premier lieu, un pacte sur succession future, le propriétaire n'aliène qu'une seule chose, la faculté de disposer ultérieurement de son mobilier à titre gratuit. Elle ne saurait, dès lors, échapper à la prohibition légale des articles 1130 et 1600 du Code civil.

Vainement, invoquant la simulation du contrat qui donne à la donation l'apparence d'une vente, voudrait-on soutenir qu'on a pu vendre et acheter une chose future. L'art. 1600 n'a pas consenti à regarder comme telle une hérédité non ouverte. Ce qui était de doctrine incontestable sous l'empire du droit romain : *Quum hœreditatem aliquis vendidit, esse debet hæreditas ut sit emptio. Nec enim alea emitur ul in venditione et similibus, sed res, quæ si non est, non contrahitur emptio, et ideo pretium condicetur* [1].

Ainsi, la loi ne considère pas l'hérédité comme constituant la chose future susceptible d'être achetée ou vendue. L'hérédité existe ou non, suivant qu'elle est ou non

[1] L. 7, Dig. *de Hæred, vel aut. vendita.*

ouverte; et cette doctrine n'est que la conséquence de l'immoralité et de l'indécence qu'il y a à spéculer sur la mort de celui dont on achète à l'avance les dépouilles.

De plus, la vente manquerait, dans tous les cas, par l'absence d'un corps certain et déterminé, devant en faire l'objet. En effet, vendre un mobilier tel qu'il existera au décès du vendeur, c'est ne rien vendre, pas même une chose future. Le vendeur pourra toujours faire qu'il n'en existe aucun, et cette faculté constituerait la condition potestative, susceptible à elle seule d'annuler le contrat.

En second lieu, la donation constituerait une disposition à cause de mort, laquelle, dénuée des formes spécialement tracées par la loi, ne pourrait produire aucun effet. Vainement exciperait-on de la jurisprudence en matière de donations déguisées. Les seules donations valables sont celles qui sont faites entre vifs, et, d'ailleurs, tester n'est pas donner. Or, vendre ou donner ce qu'on délaissera après son décès, c'est faire un testament, qui est nul s'il n'est pas rédigé dans les formes qui lui sont imposées. Remplacer le testament par une vente ne peut donc avoir pour objet que d'enlever au premier la révocabilité, qui est de son essence, et enchaîner la volonté du testateur ; c'est, en un mot, faire ce que la loi ne permet pas.

Ainsi, la vente des biens qu'on délaissera à son décès est frappée de nullité. En tant que vente, elle constitue un pacte sur succession future ; en tant que donation, elle déguise, sous la forme d'un contrat, à titre onéreux, une disposition à cause de mort, à laquelle la loi a dicté une forme spéciale à peine de nullité. Cette simulation constitue donc une fraude à la loi, et comme cette loi est

d'ordre public, la partie elle-même serait recevable à la prouver, comme le sont les tiers et les héritiers. C'est ce que les Cours d'Orléans et de Rennes ont formellement décidé. Le pourvoi formé contre l'arrêt de celle-ci a été rejeté par la Cour de cassation le 28 novembre 1843[1].

Dans l'une et dans l'autre de ces espèces, on soutenait que la prohibition de traiter sur succession future ne concernait que les héritiers ; qu'elle ne pouvait évidemment s'étendre au propriétaire lui-même, par la raison que chacun a le droit de disposer de ses biens comme il l'entend. Mais cette prétention a été écartée, et devait l'être, en présence des termes formels de l'article 1130 du Code civil.

1363. — Ces deux arrêts ont également jugé qu'en pareille matière l'opération était indivisible ; qu'en conséquence, et quoique, pour les immeubles, il y eût, en réalité, désinvestissement actuel, l'existence d'un prix unique et le véritable caractère du contrat ne permettaient pas d'en scinder les dispositions qui se trouvaient, dès lors, intégralement atteintes par la nullité de celle relative au mobilier.

1364. — Notons, enfin, que ce qui est décidé pour l'universalité d'une succession, doit l'être également pour une quotité quelconque et même pour l'aliénation d'un corps certain et déterminé [2]. La prohibition de pactiser sur succession future s'applique à chaque partie, comme

[1] D. P., 44, I, 38 ; — Orléans, 24 mai 1849 ; — *J. du P.*, tom II, 1849, p. 78.

* [2] Voy. notre *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation*, nos 345 et suiv.

à l'universalité de la succession. Il suffirait donc que l'aliénation partielle constituât le traité sur succession future ou déguisât une donation à cause de mort, sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, pour qu'elle ne pût, sous l'un ou l'autre rapport, échapper à la nullité [1].

1365. — La question de savoir si la convention sur succession future peut ou non être ratifiée après l'ouverture de la succession, est vivement controversée. Déjà nous nous sommes expliqués sur ce point, et nous rangeant à l'avis de Toullier et de Zachariæ, nous avons admis l'affirmative [2]. Nous avons d'autant moins hésité à le faire, qu'il est certain que l'acte de ratification déclarera qu'au besoin les parties renouvellent la convention, ce qui constituerait un nouveau traité dont la légalité, ne pouvant être contestée, puisqu'il serait postérieur à l'ouverture de la succession, commanderait l'exécution [3].

Si la ratification expresse est licite, on ne saurait écarter la ratification tacite résultant de l'exécution. Comment, en effet, ne pas voir une ratification, par exemple, si le règlement de la succession, si le partage même, s'était, du consentement de tous, opéré sur les bases fixées dans le traité primitif?

1366. — Toutefois, et au point de vue de la prescription, cette doctrine est vivement contestée. Sa con-

[1] Cass., 11 novembre 1845; — *J. du P.*, tom II, 1845, p. 627.

[2] V. *supra*, n° 648.

[3] Cass., 11 août 1825; — Grenoble, 25 mars 1831; — Rouen, 30 décembre 1823.

sécration, en effet, a pour résultat immédiat l'application de l'art. 1304 à l'action en nullité du traité sur succession future. Ceux-là donc qui pensent que cette action ne se prescrit que par trente ans, contestent *à priori* la faculté de ratifier même expressément.

Au nombre des partisans de la prescription trentenaire, se range M. Troplong [1]. Mais ce savant jurisconsulte n'examine la question qu'au point de vue de la nullité absolue et radicale, et ne se préoccupe que de l'erreur qu'il reproche, avec raison, à Toullier, enseignant que cette même nullité rentre sous la règle générale de l'art. 1304.

Ainsi, dit M. Troplong, s'il fallait en croire M. Toullier, il faudrait aller jusqu'à dire que le propriétaire, dont la succession a été l'objet d'une vente illicite et qui y a donné son consentement, n'a que dix ans pour échapper à cette convention! Nous sommes de l'avis de M. Troplong, et nous admettons, sans hésiter, que tant que la nullité est absolue et radicale, c'est la prescription trentenaire qui, seule, en régit le sort. Or, elle est évidemment telle, tant que la succession sur laquelle on a traité n'est pas ouverte.

Mais l'ouverture de la succession ne modifie-t-elle pas ce caractère de la nullité ? A partir de ce moment, tout ce qui la compose devient réellement disponible, et la capacité d'y renoncer, celle d'aliéner, par vente, échange ou cession, est acquise à tous ceux que la loi appelle à la recueillir. La loi ne proteste donc plus au nom de la morale, de l'honnêteté publique, contre l'exercice direct de ce droit. La nullité devient donc purement

[1] *De la vente,* nº 246.

relative ; et comment ceux qui peuvent aliéner directement, seraient-ils empêchés de le faire indirectement par la ratification du traité nul jusque-là d'une nullité absolue ?

C'est cette question que M. Troplong n'a pas cru devoir examiner, et cependant, c'est la seule qui doive être traitée. En effet, ceux qui soutiennent l'application de l'art. 1304 à la nullité résultant du pacte sur succession future, ne le font que parce que, à leur avis, cette nullité perd son caractère absolu et radical par l'ouverture de la succession. Le traité, nul de plein droit jusque-là, n'est plus, à partir de cette ouverture, qu'un acte annulable ou rescindable, et, de l'avis de M. Troplong lui-même, c'est pour les actes de ce genre que dispose l'art. 1304.

Nous avons donc raison de dire que l'imposante autorité de son nom ne pèse pas sur notre discussion actuelle. Nous soutenons si peu l'application de l'art. 1304 aux nullités radicales et absolues, que nous n'admettons son applicabilité à la nullité du pacte sur succession future, que parce que, à notre avis, l'ouverture et la disponibilité de la succession rendent cette nullité purement relative pour l'avenir.

Un pareil effet est-il légalement possible ? L'affirmative ne nous paraît pas susceptible de difficultés. Elle résulte du caractère et de la nature de la prohibition. En principe, toutes les nullités d'ordre public ne se comportent pas de la même manière. Elles ne peuvent produire des effets identiques, parce qu'elles ne procèdent pas toutes de la même cause. Sans doute, elles intéressent toutes l'ordre public, mais c'est à des titres divers. Il n'y a donc que celles qui se déduisent du fait même qui est devenu la matière du contrat, qui protestent éternellement et tant qu'existe ce contrat.

« On ne peut disconvenir, dit Merlin, que, dans la classe des nullités absolues, il s'en trouve quelques-unes qu'un particulier ne pourrait plus alléguer après avoir consenti à l'exécution de l'acte qui en est infecté[1]. » Or, dans quelles circonstances ce caractère se rencontrera-t-il plus puissamment que dans la nullité résultant d'un pacte sur succession future? La vente, la cession, la renonciation même faisant la matière de ce pacte, n'a en elle-même rien d'illicite ou d'illégal. Ce qui lui imprime ce caractère, c'est uniquement le moment qui la voit s'accomplir, la circonstance que la succession sur laquelle elle intervient n'est pas ouverte, et qu'il serait indécent d'autoriser la faculté de trafiquer de la succession d'un homme vivant. Du moment que cet homme a cessé de vivre, le motif n'existe plus et *cessante causa, cessat effectus.*

A dater de ce moment, en effet, les parties intéressées acquièrent la plus entière liberté de traiter de tout ce qui constitue la succession. Qu'importe à la loi que cette disposition se réalise par un nouveau traité ou par la confirmation de l'ancien! Elle ne répugne plus à ses effets, elle se contente de prononcer l'annulation, si elle est poursuivie; mais si celui que cette faveur concerne veut y renoncer, si, au lieu d'en poursuivre le bénéfice, il le déserte et l'abandonne, faudrait-il, plus tard, anéantir l'effet de cet abandon purement spontané et volontaire? En effet, l'affirmative paraît insoutenable, car la raison et le droit s'unissent pour proclamer que celui qui pourrait agir directement ne saurait pas ne pas être valablement lié, parce qu'il lui a plu d'arriver à un résul-

[1] *Rep.*, v° *Nullité*, § 3, n° 1.

tat identique par une voie indirecte. L'héritier saisi peut aliéner. La ratification est une véritable aliénation ; à ce titre donc, elle devrait être maintenue comme le serait l'aliénation elle-même.

1367. — La cour d'Aix, dans un arrêt du 2 juin 1840 [1], refuse cependant de le faire. La nullité du pacte sur succession future, dit-elle, est telle que l'ouverture même de la succession reste sans influence sur la convention dont le vice originaire garde toujours la même nature, sans qu'il puisse être couvert.

Sans influence nécessaire sur la convention ! Cependant, à dater de cette ouverture, il n'y a plus de succession future, et les biens délaissés deviennent susceptibles de toute espèce de transactions. Sans doute, cette ouverture ne fait pas disparaître, *ipso facto* la nullité du pacte dont la succession a été l'objet avant le décès du propriétaire, et celui qui l'a souscrit n'est pas obligé de l'exécuter. Il lui suffit de vouloir pour que ce pacte soit anéanti, mais s'il vient à l'exécuter, si son intérêt lui en fait un devoir, n'est-il pas le maître de le faire ? Oui, dit la Cour, mais par un acte nouveau, non par une ratification, parce que cette ratification serait une nouvelle insulte à la loi.

Vraiment, la Cour d'Aix fait la loi bien susceptible. Pourquoi se trouverait-elle insultée ? Parce que la ratification s'appliquant à une nullité radicale et absolue, serait elle-même atteinte par cette nullité ? Mais après le décès, cette nullité n'existe plus. S'il en était autement, tout acte nouveau serait également impossible. La

[1] *J. du P.*, t. II, 1840, page 337.

validité de celui-ci entraîne forcément celle de la ratification. Celle-ci, en effet ne fait ni plus ni moins que l'acte nouveau ne ferait lui-même. Conséquemment, l'aliénation autorisée par le moyen de celui-ci, ne saurait être prohibée sous la forme de la ratification.

Mais, dit l'arrêt, il y a entre l'acte nouveau et la ratification cette différence, que le premier rend hommage à la loi en supposant non seulement la nullité, mais encore l'inexistence de l'acte précédent; et d'ailleurs, ne recevant l'être que du jour de sa date, il porte sur une succession ouverte ; la ratification, au contraire, se rattache à l'acte primitif qu'elle a pour objet de maintenir aussi bien dans sa date que dans ses effets; s'unissant et s'incorporant à cet acte, elle reçoit le vice dont il est infecté au lieu de l'effacer; elle est enfin, avec lui et comme lui, une stipulation sur la succession d'une personne vivante, à moins qu'on ne veuille la considérer isolément, et elle n'est rien.

Ceci n'est plus seulement une contradiction, c'est la négation absolue de la nature du pacte sur succession future, du caractère, des ratifications.

Le pacte sur succession future, en tant que vente, cession, renonciation même, n'a rien d'illicite au point de vue du droit en lui-même. Sa nullité ne résulte pas de ce qu'on a vendu, cédé ou renoncé. Elle n'est que la conséquence de l'indisponibilité des objets ou des droits au moment où ils sont aliénés; dès lors, leur disponibilité acquise, tous ces actes deviennent licites, cela n'est pas contesté.

L'ouverture de la succession fait donc disparaître la prohibition et entraîne, avec elle, la disparition de la nullité en résultant. Mais cet effet ne rétroagit pas en ce sens que l'acte souscrit avant est un acte sans lien forcé,

sans exécution possible, s'il plaît à la partie de lui refuser l'un et l'autre.

Voilà donc celle-ci capable désormais d'aliéner et en même temps mise en demeure de se prononcer sur le sort futur du traité qu'elle a souscrit. Quel peut être, en cet état, l'effet de la ratification qu'il en fait ?

Est-ce de faire disparaître la nullité originaire dont le traité était atteint ? Non, évidemment, car cette nullité est un fait consommé qu'il n'est plus au pouvoir des parties d'empêcher. L'unique but de la ratification, c'est de purger l'acte pour l'avenir, par la confirmation qui en est faite dans un moment de capacité absolue. L'acte n'a donc une existence légale que du jour de la ratification, et comme ce jour-là la succession est ouverte, c'est se livrer à la plus incroyable de toutes les fictions, que de dire que la ratification n'est elle-même qu'un traité sur la succession d'un homme vivant.

Si le système de la Cour d'Aix était vrai, il faudrait rayer la ratification de nos Codes. Vainement, le majeur aurait-il ratifié l'engagement souscrit en minorité. Vainement, la femme mariée, devenue veuve, aurait-elle confirmé l'aliénation de sa dot faite pendant le mariage ; on ne manquerait pas de dire que la ratification s'unissant et s'incorporant à la convention primitive, est comme celle-ci censée faite pendant la minorité ou le mariage, et qu'un acte nouveau pouvait seul la purger du vice que la ratification partage.

Qu'on réfléchisse, d'ailleurs, aux conditions exigées par l'art 1338. Pour être valable, l'acte de ratification doit mentionner le vice du traité originaire, et énoncer l'intention de le purger. Dans l'espèce donc, les parties déclareront que l'acte par elles souscrit, était nul comme

intervenu sur succession non ouverte, mais que leur volonté étant aujourd'hui la même qu'alors, elles confirment leurs accords qu'elles renouvellent même en tant que de besoin serait. Or, à cette époque, notons-le bien, la nullité d'ordre public a cessé de protester contre la disposition de la succession.

La ratification est donc comme l'acte nouveau un acte d'obéissance à la loi. Elle est une véritable amende honorable de la part de ceux qui, l'ayant transgressée, viennent lui demander pour l'avenir le lien obligatoire qu'elles reconnaissent avoir été dans l'impossibilité de donner à leur contrat.

Il n'y a donc aucune raison sérieuse à objecter contre la validité de la ratification expresse ; il ne saurait conséquemment en exister aucune contre la ratification tacite résultant de l'exécution. Or, cette ratification tacite, la loi la fait résulter du silence prolongé pendant plus de dix ans. L'action introduite après ce délai se trouverait atteinte par la prescription de l'art. 1304, à moins qu'on ne vint, à cette époque, forcer l'exécution que l'acte n'aurait pas encore reçu. Dans ce cas, en effet, la prescription opposable à l'action ne pourrait être opposée à l'exception, en vertu de la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, fiunt perpetua ad excipiendum.*

1368. — L'applicabilité de l'art. 1304, enseignée par Toullier, Zachariæ et Rolland de Villargues, a été admise par un grand nombre de Cours d'appel, et par la Cour de Cassation elle-même, le 28 mai 1828, mais celle-ci vient, par un arrêt du 11 novembre 1845[1], d'abandon-

[1] *J. du P.*, tome II, 1845, page 627.

ner cette jurisprudence pour adopter la prescription trentenaire. Ce qui fonde ce changement, c'est le caractère de la nullité. La Cour admet donc qu'après comme avant le décès, cette nullité est d'ordre public et d'intérêt général, dans cette hypothèse, son arrêt serait en tout point juridique.

Mais nous l'avons dit : la raison et le droit indiquent que le caractère de la nullité est profondément modifié par le décès de celui sur la succession duquel on a traité ; et cette modification nous paraît devoir faire préférer l'arrêt de 1828 à celui de 1845[1].

[1] V. pour les arrêts, dans l'un et l'autre sens, Dalloz, *Dict. génér.*, v° *Succession*, et *Répert. du Journal du Palais*, v° *Succession future et Ratification*.

* — L'opinion contraire à celle dans laquelle M. Bédarride a cru devoir persister est plus généralement suivie. On considère le pacte sur une succession future comme inexistant et comme non susceptible d'être confirmé, même après l'ouverture de la succession : la confirmation d'un acte qui n'a aucun principe d'existence, dit-on, n'est pas possible. Le néant ne se confirme pas. D'où l'on conclut que la prescription de l'art. 1304 est inapplicable ; « attendu, ajoute l'arrêt de la Chambre civile du 11 nov. 1845, que ce qui rend l'inapplicabilité de cette prescription spéciale à des conventions radicalement nulles, plus évidente, c'est l'impossibilité de lui donner pour point de départ ni une stipulation que la loi refuse de reconnaître, ni les autres époques déterminées par l'art. 1304 ; — attendu, dès lors, que la seule prescription qu'il soit possible d'invoquer, en pareil cas, est celle de trente ans, non parce qu'elle donne à la stipulation prohibée une existence légale, mais parce qu'elle a pour effet d'anéantir toutes les actions, quelles qu'elles soient, tant réelles que personnelles, aux termes de l'art. 2262 Cod. civ. » (Sir., 45, I, 785). — *voy.* dans le même sens, Troplong, *De la vente*, I, 246 ; Marcadé, sur l'art. 1304, n° 4 ; Larombière, IV, art. 1304, n° 56 ; Aubry et Rau, IV, § 339, note 4, p. 271 ; Laurent, XIX, 11. — On peut aussi consulter notre *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation*, n°s 373 à 376.

1369. — La morale publique que nous venons de voir proscrire les pactes sur succession future, était bien plus directement intéressée à tout ce qui se rapportait aux enfants naturels. Les législateurs de tous les temps ont mis et dû mettre une grande différence entre eux et les enfants issus d'un mariage légitime.

Chez les Romains, la loi n'accordait aux enfants naturels que des aliments, si leur père délaissait des enfants ou une épouse légitime ; à leur défaut, ils ne recueillaient que le sixième de la succession dans laquelle la mère survivante prenait encore une portion virile. L'excédant était dévolu aux parents éloignés ou au fisc. Toutefois, ils pouvaient recevoir par donation testamentaire au delà de ce que leur attribuait la loi. Ils pouvaient être institués pour la totalité des biens, si leur père ne laissait ni descendants, ni femme, ni ascendants légitimes ; pour la totalité, moins la légitime due à l'ascendant, si l'ascendant se trouvait le plus proche héritier ; pour un douzième seulement, s'il restait des enfants légitimes, encore ce douzième se divisait-il par tête entre les enfants naturels et leur mère [1].

Les enfants naturels ne succédaient point aux ascendants, si ce n'est par représentation de leur mère, mais l'aïeul paternel ou maternel pouvait, s'il n'avait pas d'enfants légitimes, transmettre tous ses biens au petit-fils naturel [2]. La loi fondait, en outre, certaines distinctions sur la qualité de la mère. Si elle appartenait à une famille illustre, l'enfant naturel n'avait rien à réclamer pas même des aliments [3]. Si elle était une femme publique, l'enfant

[1] Nov. 18, ch. 5, et 89, ch. 12.
[2] L. *Ult. cod. de natur. lib.*
[3] L. 5, *Cod. ad sen. cons. orfician.*

suivait alors entièrement la condition de sa mère, lui succédait comme les autres enfants naturels, mais il n'avait aucune espèce de droit à la succession paternelle [1].

1370. — Sous notre ancien droit, l'enfant naturel n'était appelé à succéder ni à son père, ni à sa mère ; il avait seulement, et sauf quelques exceptions, une action en aliment.

Mais cet état de choses fut bien changé par les lois intermédiaires. Un premier décret du 4 juin 1793, appela les enfants nés hors mariage à succéder à leur père et mère, dans la forme qui fut, plus tard, déterminée par la loi du 12 brumaire an II.

Nous n'avons pas à suivre, dans ses effets, cette loi, devant, dans l'intention de ses auteurs, n'être que transitoire. On croyait alors à la prompte promulgation du Code civil, auquel l'art. 10 se référait pour régler les droits des enfants naturels dont les auteurs seraient encore existants.

1371. — C'est en cet état, et sauf diverses modifications qu'avait successivement subie la législation de l'an II que le Code civil trouva la matière.

La classe des enfants naturels a, de tous les temps, compris deux catégories bien distinctes : Les enfants naturels simples ; les enfants incestueux ou adultérins. Leur position ne pouvait être identique, aussi des lois particulières réglaient-elles le sort de ces derniers qui n'étaient pas compris dans celles concernant en général les enfants naturels.

[1] L. 8, Dig. *Unde cognat.*

Sous l'empire du Code, les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de recevoir de leur père ou mère autre chose que des aliments. Ce principe est textuellement écrit dans l'art. 762. Son application, quant à la quotité de ces aliments, est régie par l'art. 763.

Ce principe se fonde sur un motif d'ordre public et d'intérêt général. L'adultère et l'inceste sont plus qu'une infraction aux préceptes de la morale, ils constituent de véritables crimes sociaux. Que leurs tristes fruits ne soient pas entièrement délaissés ; qu'on ne les condamne pas à mourir de faim, c'est ce qu'un sentiment de pitié commandait impérieusement. Le législateur a cédé à ces inspirations, mais, il faut le dire, il ne l'a fait qu'à regret, et que lorsque la connaissance du caractère adultérin ou incestueux n'était que le résultat d'un événement imprévu et de force majeure.

1372. — C'est ce que prouve l'art. 335, prohibant, d'une manière formelle, toute reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux. Pour bien apprécier le caractère de cette importante disposition, pour en appliquer sainement les effets, il faut nécessairement remonter à son origine.

Le projet primitif du Code ne contenait aucune disposition de ce genre. La Cour de Lyon, dans ses observations, signala cette regrettable lacune, et demanda qu'elle fût comblée.

« Serait-il possible, s'écriait-elle, que la loi autorisât la déclaration publique et authentique de l'adultère et de l'inceste ?

« Ce ne sont pas précisément les actions immorales qui anéantissent les mœurs lorsqu'elles demeurent ense-

velies sous le voile d'un mystère impénétrable ; le mystère lui-même est un hommage aux mœurs ; ce n'est pas même leur publicité, si l'opinion publique les flétrit, si elle voue au mépris les êtres immoraux. Mais si l'opinion publique, si la loi elle-même les tolère, si elle n'en proscrit pas les fruits, l'immoralité triomphe, la vertu est dédaignée, bientôt, par une contagion funeste, il n'y a plus de mœurs, plus de vertu, et qu'est-ce qu'une nation sans vertu et sans mœurs ?

« Il est donc impossible que la loi autorise une mère, une sœur, à consigner authentiquement dans des registres publics leur turpitude incestueuse ; un père, un frère, à faire constater par l'officier de l'état civil qu'il est le frère de son fils, le père de son neveu ; un libertin à publier légalement et impunément qu'il est coupable d'adultère. La loi peut tolérer une faiblesse, elle ne peut supposer un crime, s'il existe, elle doit le punir. »

Ces idées devinrent celles du pouvoir législatif et dominèrent la discussion :

« La reconnaissance, disait le tribun Duveyrier, sera impossible, l'officier public ne la recevra pas ; et, si, malgré lui, l'acte contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance nulle ne pourra profiter à l'enfant. On écarte par là ces chances pernicieuses d'infamie, ces révélations mortelles à la pudeur sociale. On ne déchirera plus pour des passions individuelles et des intérêts particuliers, le voile épais dont l'intérêt public couvre ces scandaleux écarts. »

1373. — De plus, l'art. 342 défend la recherche même de la maternité admise en général, lorsqu'elle doit avoir pour résultat d'arriver à la conviction d'un adul-

tère ou d'un inceste. En vérité, on dirait que la loi s'est appropriée cette opinion du tribun Lohary, à savoir : Que la naissance d'un enfant, fruit d'un inceste ou d'un adultère, est un vraie calamité pour les mœurs ; que loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir.

1374. — En présence de pareilles dispositions, on s'est d'abord demandé si l'art. 762 n'était pas une superfétation, une véritable lettre morte. Comment rencontrer des enfants adultérins ou incestueux auquels on puisse l'appliquer si leur reconnaissance est impossible, si celle qui serait volontairement faite ne peut jamais imposer cette qualité, ni produire aucun effet ? A cette objection, qui se produisit au Conseil d'Etat, il fut répondu, que la qualité d'enfant incestueux ou adultérin pourrait résulter d'autres faits que d'une reconnaissance spontanée du père ou de la mère. Elle peut être acquise par la recherche de la maternité tentée dans le but d'établir une filiation naturelle, par le résultat d'une poursuite criminelle en adultère, ou d'une action en désaveu, ou de l'annulation d'un mariage contracté à un degré prohibé. Dans tous ces cas, la filiation adultérine ou incestueuse n'est qu'une conséquence du jugement, elle est dès lors certaine, publique, notoire. Le scandale que la loi veut éviter s'étant fatalement et légalement produit, il devenait nécessaire de s'occuper de ceux qui en sont les tristes victimes. De là l'art. 762.

1375. — La nullité des reconnaissances faites en violation de l'art. 335 est radicale et absolue. Son effet en droit ne serait dès lors pas douteux, cependant et

dans l'application, elle a donné matière à une controverse sur les questions de savoir : 1° si la reconnaissance illégalement faite confère à l'enfant le droit d'exiger des aliments ; 2° si on peut exciper contre lui à l'effet de faire réduire les donations ou legs consentis en sa faveur par l'auteur de cette reconnaissance [1].

1376. — L'affirmative sur l'une et sur l'autre est soutenue par Merlin. L'art. 762, dit cet éminent jurisconsulte, a été adopté dans cette prévision. Sans doute les hypothèses où la reconnaissance résulte d'un jugement, ont préoccupé le législateur. Mais on trouve dans les débats législatifs que cette préoccupation n'a pas été exclusive, qu'elle s'est notamment étendue aux reconnaissances illégales.

*[1] La question de savoir quelle peut être la valeur et quels peuvent être les effets des reconnaissances volontaires d'enfants incestueux ou adultérins a été l'objet de nombreuses controverses.

Dans le sens du système qui décide que la reconnaissance volontaire ne produit aucun effet juridique ; qu'elle ne peut être invoquée ni par l'enfant incestueux ou adultérin, ni contre lui, *voy.* notamment Chabot, *Successions*, sur l'art. 762, nos 3 et 4; Grenier, *Donations*, I, 130 *bis*; Duranton, III, 195-209 ; Marcadé, sur l'art. 335, n° 2 ; Demolombe, V, 581, 587 ; Aubry et Rau, VI, § 572, p. 219 et suiv., texte et notes ; — Civ. rej. 28 juin 1815 ; Req. 11 nov. 1819 ; Civ. cass., 9 mars 1824 ; Civ. rej. 1er août 1827 ; 18 mars 1828 ; Civ. rej. 8 fév. 1836, Sir., 36, I, 241 ; Civ. cass. 4 déc. 1837, Sir., 38, I, 29 ; 3 févr. 1841, Sir., 41, I, 117; Req. 18 mars 1846, Sir., 47, I, 20 ; 19 avril 1847, Sir. 47, I, 562. — Dans le sens du système qui décide que la reconnaissance faite en contravention à l'article 335 peut être invoquée tant par l'enfant incestueux ou adultérin que contre lui, *voy.* notamment Merlin, *Rép.* v° filiation, nos 20 à 22 ; Toullier, II, 967 à 969, et IV, 246 ; Valette sur Proudhon, vol. II, p. 155-158. — On peut consulter notre *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation,* nos 86 et suiv.

« Ainsi, M. Siméon, parlant au nom du Tribunat, disait au Corps législatif :

« Quoique les enfants adultérins ou incestueux ne « puissent être légalement reconnus, leur existence est « un fait qui peut quelquefois être évident. Un enfant « aura été désavoué par le mari, il aura été le fruit de « l'adultère de la femme. Le crime de sa mère ne sau- « rait la dispenser de lui donner des aliments ; un « homme aura signé, comme père, un acte de naissance, « sans faire connaître qu'il est marié à une autre femme « que la mère de l'enfant nouveau-né, ou que la mère « est sa sœur ; il aura voulu faire fraude à la loi ; l'en- « fant, ignorant le vice de sa naissance, se présentera « dans sa succession pour y exercer ses droits d'enfant « naturel ; on le repoussera par la preuve qu'il est né « d'un père qui ne pouvait pas l'avouer ; mais l'aveu de « fait, écrit dans son acte de naissance, lui restera et « lui procurera des aliments. Cette disposition est con- « forme à l'ancien droit, il était nécessaire de la conser- « ver ; car enfin, les enfants adultérins ou incestueux ne « sont pas moins des hommes, et tout homme a droit à « recevoir au moins des aliments de ceux qui lui ont « donné le jour [1]. »

« Ainsi encore, dans son rapport au Tribunat sur ce titre *des donations et testaments*, M. Jaubert disait également :

« Les enfants naturels ne peuvent jamais recevoir au « delà de ce qui leur est accordé au titre *des successions*. « Quant aux adultérins ou incestueux, dans les cas rares « et extraordinaires où il pourra s'en trouver par suite ou

[1] Séance du Corps législatif, du 29 germinal an XI.

« de la nullité du mariage, ou d'un désaveu de la pater-
« nité, ou d'une *reconnaissance illégale*, ils ne pourront
« recevoir que des aliments.

Donc, dans l'opinion de ces deux législateurs, la nullité de la reconnaissance n'empêche pas l'enfant de s'en prévaloir à l'effet d'obtenir des aliments. Cette conclusion est loin d'être inconciliable avec le texte de l'article 335; sans doute, la reconnaissance qu'elle proscrit sera incapable pour conférer au père la puissance paternelle, la faculté d'hériter de celui qu'il a illégalement reconnu, pour imposer à celui-ci les devoirs et les obligations d'un fils, mais elle est susceptible de donner ouverture contre son auteur à une action en aliments. La reconnaissance d'un enfant renferme essentiellement, quoique d'une manière implicite, l'obligation de lui fournir des aliments, qu'elle soit nulle sous le rapport des droits et devoirs respectifs de père et d'enfant, à la bonne heure. Mais cela n'empêche pas que l'obligation implicite qu'elle renferme de fournir des aliments ne doive recevoir son exécution [1]. »

1377. — M. Toullier s'est rangé à l'opinion de Merlin, il enseigne, en effet : qu'en disant qu'un enfant adultérin ou incestueux ne peut être reconnu par acte authentique, l'art. 335 a eu pour objet d'empêcher que cette reconnaissance ne lui confère les droits de successions irrégulières que les art. 757 et 758 assurent aux enfants naturels légalement reconnus, mais il n'entend point par là dispenser ceux qui ont reconnu un enfant de l'obligation naturelle de le nourrir. Ainsi la reconnaissance d'un

[1] *Rép.*, v° *Filiation*, n° 22.

enfant adultérin ou incestueux ne peut lui conférer des droits de successions irrégulières, mais elle peut fonder une action en aliments [1].

1378. — Mais l'opinion contraire est fortement soutenue par un jurisconsulte, non moins recommandable, M. Chabot, de l'Allier [2]. Nous devons le dire, si l'opinion de Merlin et de Toullier est plus humaine, celle de M. Chabot a l'incontestable avantage d'être plus conforme à la loi.

Il faut le reconnaître, l'objet de l'art. 335, quoi qu'en dise M. Toullier, n'a pas été de priver l'enfant adultérin ou incestueux des droits de succession irrégulière, ce résultat était suffisamment atteint par l'art. 762, le réduisant, dans tous les cas, à un simple droit aux aliments.

L'art. 335 a donc voulu autre chose, et cette autre chose nous est indiquée par les motifs qui l'ont fait admettre. Rappelons-nous de quelle manière la Cour de Lyon en légitimait la demande; les considérations sur lesquelles elle l'appuyait. Il est vrai que le législateur n'a pas consacré tout ce que la Cour de Lyon demandait, notamment la peine d'emprisonnement contre les auteurs de la reconnaissance illégale, mais si l'on consacrait la prohibition, c'est que *la naissance d'un enfant, fruit de l'adultère et de l'inceste, était une calamité pour les mœurs, que loin de conserver les traces de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre le souvenir.*

Voilà le but de l'art. 335, *éteindre le souvenir de l'adultère ou de l'inceste*, singulière manière de l'atteindre que d'admettre que la désobéissance à la loi pût fonder

[1] Tome II, n° 968.

[2] *Des Successions*, art. 762.

une action quelconque, et notamment une obligation naturelle que M. Toullier veut rendre légalement exécutoire au profit de l'enfant.

Au profit de l'enfant adultérin ou incestueux ! Mais l'art. 335 dit positivement le contraire. *Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu* **au profit** *des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.* Or, quel est le *summum* de profit que l'enfant né d'un pareil commerce pourra jamais retirer de la constatation légale de son état ? L'art. 762 a d'avance répondu. Le droit unique d'exiger des aliments, mais si vous faites résulter ce droit de la reconnaissance illégale, que devient la prohibition de l'art. 335, comment concilierez-vous la double proposition qui surgit fatalement de votre système ? La reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit de l'enfant, si malgré cette prohibition, cette reconnaissance se réalise, l'enfant en retirera tout le profit que lui procurerait la reconnaissance légalement faite.

Un système, conduisant à de telles contradictions, est jugé, il est en opposition manifeste avec le texte de la loi, il l'est, de plus, avec son esprit.

Nous venons de le dire, le législateur ne veut consacrer aucune trace de l'adultère ou de l'inceste ; il prohibe donc toute reconnaissance, mais il ne pouvait se dissimuler que sa volonté, quoique clairement manifestée, pourrait être transgressée et méconnue. Quel était le remède possible ? Evidemment, le seul indiqué était de refuser toute autorité à l'acte réalisant cette prévision, de le considérer comme n'existant pas, comme n'ayant jamais existé. Or, dans le système que nous combattons, la loi aurait bien voulu sévir contre la transgression, mais, respectant la transgression accomplie, elle lui aurait

reconnu et fait produire des effets obligatoires, c'est-à-dire que loin de tenir la main à l'exécution de sa volonté, elle en aurait toléré, et par cela même encouragé la violation; peut-on, nous ne dirons pas l'admettre mais même le supposer ?

Mais, dit Merlin, vous prétendez donc que l'acte par lequel un individu s'obligerait à fournir des aliments à un enfant qu'il reconnaîtrait pour le sien, et qui serait, par le fait de cette reconnaissance, adultérin ou incestueux, fut nul pour le tout. Nous sommes bien loin de soutenir la nullité intégrale, nous qui soutiendrons tout à l'heure contre M. Merlin lui-même que la donation ou le legs, mélangé de reconnaissance adultérine ou incestueuse, ne saurait être réduit. Il y a dans l'acte dont parle M. Merlin deux choses distinctes : la reconnaissance qui doit être effacée, l'obligation qui subsiste indépendamment de la reconnaissance ; celle-ci n'est pas nécessairement la cause de l'obligation de fournir des aliments. A défaut de toute autre cause apparente, l'intention de faire une libéralité la légitimerait et la rendrait même irrévocable. Dans cette hypothèse, d'ailleurs, l'action de l'enfant reposerait, non sur la reconnaissance, mais sur la libéralité déguisée sous la forme d'une obligation.

Ce que nous soutenons, c'est qu'une reconnaissance pure et simple ne serait qu'un acte insusceptible de créer un droit quelconque en faveur de personne, et que notamment l'enfant adultérin ne pourrait prétendre y trouver l'origine d'une obligation de lui fournir des aliments.

Ce système qui découle du texte et de l'esprit de la loi pourrait encore s'étayer des principes sur les fraudes à une loi d'ordre public. Tout ce qui est fait dans ce sens

est frappé d'une nullité radicale et absolue, et demeure, par conséquent, incapable de créer aucun lien, aucun droit. Or, la reconnaissance faite au mépris de l'art. 335 viole une loi d'ordre public, elle ne saurait donc légalement fonder une action quelconque. Mais, dit Merlin, l'obligation de fournir des aliments n'est pas attachée à la reconnaissance, elle résulte de la paternité même. Nous admettons volontiers qu'il en est ainsi, avant même la reconnaissance, le père est naturellement obligé à donner des aliments à celui qu'il sait être son fils; mais si l'obligation naturelle crée un lien dans le for intérieur pour celui qui la doit, elle n'en crée aucune en faveur de celui à qui elle est due. Nul ne peut être contraint judiciairement à exécuter une obligation naturelle tant qu'elle ne s'est pas manifestée par un fait légal lui imprimant pour l'avenir un lien civil. Dans notre espèce, la paternité oblige naturellement ; sa manifestation lui donne seule le lien civil, permettant d'en contraindre l'exécution. Or, la loi, proscrivant celle-ci en matière d'adultère et d'inceste, refuse absolument de convertir l'obligation naturelle en obligation civile. Cette obligation reste donc renfermée dans la conscience du père, et le fils ne peut même en exciper, car, aux yeux de la loi, il est censé ne pouvoir connaître cette paternité que la loi condamne à un secret perpétuel.

1379. — Au reste, la Cour de cassation qui, déjà du temps que M. Chabot écrivait, s'était, dans l'affaire Lanchère, prononcée contre le système de Merlin, a depuis, et malgré ses observations, persisté dans cette jurisprudence, et ces nouveaux arrêts ne présentent plus l'équivoque et le doute que Merlin reproche à ce premier arrêt.

Voici en effet, comment, dans ses arrêts les plus récents, la Cour de cassation établit le principe :

« Attendu, dit un arrêt du 8 février 1836, que, d'après la prohibition expresse de l'art. 335, qui a pour objet de prévenir des révélations scandaleuses, la nullité de la reconnaissance n'en laisse subsister aucun effet ni *contre* les enfants, ni en *leur faveur*. »

Ailleurs, et dans un arrêt du 4 décembre 1837 [1], la Cour considère que la reconnaissance des enfants, nés d'un commerce adultérin ou incestueux, est interdite, d'une manière absolue, par l'art. 335 :

« Attendu, continue-t-elle, que lorsque, au mépris de cette prohibition d'ordre public, la reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin est faite par acte authentique ou sous seing privé, elle est radicalement nulle et ne peut produire aucun effet, soit contre l'enfant pour faire réduire à de simples aliments les donations faites en sa faveur, soit à son profit pour faire condamner l'auteur de cette reconnaissance à lui fournir des aliments;

« Attendu que l'art. 762, qui déclare que la loi n'accorde que des aliments aux enfants adultérins, ne détruit pas la prohibition de l'art. 335 et ne peut recevoir son application que lorsque la preuve de la paternité est indépendante de toute reconnaissance volontaire et résulte seulement d'actes de poursuites et de jugements qui n'ont pas pour objet la recherche de cette paternité interdite, dans tous les cas, par l'art. 342 du Code civil. »

Plus tard, la Cour de Lyon réduit une donation faite à un enfant adultérin, par celui qui l'avait reconnu, sur le motif que ces enfants sont incapables de succéder et

[1] *J. du P.*, tom. II, 1837, p. 565.

n'ont droit qu'à des aliments; que la filiation adultérine résulte suffisamment de la reconnaissance authentique lorsqu'elle n'est pas contredite par l'acte de naissance. Mais cet arrêt, étant devenu l'objet d'un pourvoi, est cassé par la Cour suprême, le 3 février 1841.

« Attendu, porte ce nouvel arrêt, que, sous l'empire du Code civil, la recherche de la paternité est interdite; que l'art. 335 défend, en termes exprès et absolus, la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux;

« Qu'il suit, de là, que l'art. 762, en leur accordant des aliments, ne s'applique qu'aux seuls cas où la preuve de la filiation adultérine ou incestueuse est acquise en justice par la force des choses et non au cas où, comme dans l'espèce, la preuve de cette filiation ne résulterait que d'une simple reconnaissance que la loi prohibe expressément[1]. »

Enfin, et le 18 mars 1846[2], un dernier arrêt, rendu au rapport de M. le conseiller Mesnard, vient de proclamer encore les mêmes principes.

On le voit, la Cour de cassation n'a jamais varié dans l'acception qu'elle donne aux art. 335 et 762. Le motif de cette jurisprudence nous est dévoilé par le rapporteur du dernier arrêt, le savant M. Mesnard : « Du moment où, par l'effet d'une reconnaissance effrontée d'une paternité adultérine, un droit quelconque, au profit ou au préjudice de l'enfant adultérin ou incestueux, pourrait être exercé, l'exercice de ce droit serait un scandale public. » Il faut bien le reconnaître, c'est bien là, en effet, ce que la loi a admis, ce qu'elle a voulu, à tout prix, em-

[1] *J. du P.*, tome I, 1841, pag. 369.
[2] D. P., 46, I, 345.

pêcher. Cela nous paraît si évident, que nous n'hésitons pas à croire que les Cours qui, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, font produire un effet à la reconnaissance volontaire, soit pour réduire à de simples aliments les libéralités faites à l'enfant par l'auteur de la reconnaissance, soit pour permettre à l'enfant d'obtenir des aliments, s'écartent de la loi et cèdent à une prétendue équité contre laquelle le texte et l'esprit de notre législation ne cessent de protester.

Le système de M. Chabot doit donc prévaloir sur celui de Merlin et Toullier. Cette pensée est celle de la majorité des auteurs. Il en résulte que l'enfant ne saurait être admis à fonder une action en aliments sur la reconnaissance volontaire des auteurs de ses jours.

Cette solution préjuge forcément celle que doit recevoir la seconde question. Il est certain, en effet, que puisque la reconnaissance volontaire ne crée aucun droit à l'enfant, elle ne saurait en créer aucun contre lui. On ne saurait admettre que ce qui est nul en sa faveur pût être valablement invoqué et produire des effets à son préjudice. Et puisque, comme le dit la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 février 1836, nonobstant la reconnaissance, l'état des enfants n'en est pas moins resté incertain, et qu'ils sont demeurés étrangers à leur auteur, la demande en réduction des libéralités qu'ils peuvent en avoir reçues, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne saurait s'appuyer sur aucune base. Son admission violerait donc expressément l'effet de la prohibition de l'art. 335.

1380. — En rigueur de principes, disent MM. Teulet et Dauvilliers, cela est incontestable. La reconnais-

sance, censée non écrite contre la demande de l'enfant, ne peut être envisagée autrement lorsqu'il y a une action dirigée contre ses intérêts. Mais, si l'on passe aux conséquences, on est vraiment effrayé de ce qui va suivre. Si l'enfant eût été simplement naturel, s'il fût né de deux personnes entièrement libres, la reconnaissance eût été valable et les droits de l'enfant se fussent trouvés réduits à une part déterminée dans la succession. Au contraire, si la reconnaissance suppose un commerce incestueux ou adultérin, elle est nulle. Mais l'enfant, qui reste alors sans état de famille, n'est plus restreint, soit à de simples aliments, soit à une réserve délimitée; mais il acquiert la pleine et entière capacité dans toute son étendue, en sorte que rien n'empêche qu'il soit admis en concours avec des enfants légitimes pour enlever la totalité de la quotité disponible.

Ces auteurs ajoutent que la raison de diverses Cours d'appel s'est révoltée contre un pareil résultat, et en annulant la reconnaissance faite au profit de l'enfant, elles en ont tourné contre lui les effets pour réduire l'institution à de simples aliments. Si le premier système est plus conforme aux principes de la loi, le second convient mieux aux règles de la morale [1].

Il n'y a, en matière de législation, d'autre règle de morale, pour les tribunaux surtout, que celle qui se résume dans l'application stricte de la loi, dans son observance religieuse. Ne pas se conformer à cette règle, c'est se jeter dans l'arbitraire, c'est se placer au-dessus de la loi, ce que rien ne saurait jamais justifier.

Serait-il vrai d'ailleurs, que la loi aurait méconnu la

[1] *Codes annotés*, art. 335, nos 91 et suiv.

morale, que le système de la Cour de cassation en violât les règles. Nous avons d'abord laissé parler le législateur, qui nous a appris que ses dispositions n'ont été sanctionnées que par respect pour la morale. Ecoutons maintenant la Cour de cassation nous indiquer ses motifs par l'organe d'un de ses membres les plus distingués.

Lors de l'arrêt de 1846, M. le rapporteur Mesnard disait à la Cour : dans l'interprétation que vous avez donné à l'art. 335, et dans l'application rigoureuse que vous faites de la nullité qu'il prononce, vous avez été guidés par un intérêt encore plus élevé que celui de la famille, vous avez senti que cet art. 335 contenait une règle de haute moralité, un principe d'honnêteté publique, qui ne devait transiger qu'avec la force majeure. Vous avez compris que, du moment où, par l'effet d'une reconnaissance effrontée d'une paternité adultérine, un droit quelconque, au profit ou au préjudice de l'enfant adultérin, pourrait être exercé, l'exercice de ce droit serait un scandale public. Pénétrant dans l'intention du législateur, qui avait essentiellement en vue de mettre la sainteté du mariage à l'abri de cette profanation, vous avez décidé qu'en aucun cas la reconnaissance d'un enfant adultérin ne pourrait produire d'effet, soit contre l'enfant pour faire réduire à de simples aliments les donations faites en sa faveur, soit à son profit pour faire condamner l'auteur de cette reconnaissance à lui fournir des aliments.

N'en déplaise à MM. Teulet et Dauvilliers, c'est là aussi de la morale, et celle-ci a du moins sur l'autre l'incontestable avantage de se conformer aux principes et d'obéir à la loi.

Comment ces auteurs peuvent-ils approuver ce qu'ils

déclarent eux-mêmes être contraire aux principes? Ils savent cependant que les tribunaux n'ont d'autre mission que de les appliquer. S'ils leur paraissent blesser l'équité et la morale, ils peuvent les signaler à la sollicitude du législateur, en solliciter la réforme. Mais en attendant que le législateur ait avisé, refuser d'y souscrire, c'est usurper un pouvoir qui n'appartient pas à la justice, et sortir des limites dans lesquelles se restreint sa juridiction.

1381. — Certes, personne ne se montre plus effrayé de la doctrine de la Cour de cassation que M. Chardon; nul ne la juge aussi sévèrement. Pour M. Chardon, en effet, cette doctrine arrive à un immense scandale; elle doit, dans un temps prochain, amener la ruine du mariage, le mépris de la religion, l'anéantissement de la civilisation [1] ; et de tout cela que va-t-il conclure, qu'il faut désobéir à la loi, à laquelle il reconnaît que cette doctrine se conforme ? Non certes, ce qu'il se contente de faire, c'est d'émettre le vœu d'une réforme. Cette conclusion aurait dû être celle de tous ceux qui partagent ces craintes fort heureusement chimériques, celle surtout de ceux qui ont mission d'appliquer la loi.

1382. — Quoi qu'il en soit, les auteurs de la jurisprudence que nous combattons cherchent à la justifier à l'aide d'arguments plus ou moins spécieux. Les deux plus importants, invoqués à cet effet, consistent à prétendre : 1° que la donation fondée sur une paternité adultérine ou incestueuse, a une cause illicite et doit être

[1] *Du dol et de la fraude*, t. III, p. 33 et suiv.

annulée par application de l'art. 1131 du Code civil ; 2° que cette donation est indivisible de la reconnaissance de la paternité; que par conséquent la nullité de celle-ci détermine forcément la nullité de l'autre.

M. Marcadé[1] répond au premier : que la qualité d'enfant n'est pas la *cause immédiate* de la libéralité; que cette cause réside exclusivement dans la volonté de donner; et qu'à l'égard du motif qui détermine la volonté de donner, et qui forme ainsi la *cause médiate* de la libéralité, il est et doit être sans influence sur la validité de la disposition.

Les annotateurs de Zachariæ[2] répondent au second : que cette prétendue indivisibilité n'est qu'un pur sophisme, car il s'agit ici de deux actes juridiques, distincts l'un de l'autre, et qui n'ont rien de commun, si ce n'est de se trouver dans un même acte instrumentaire. Ainsi, rien n'empêche d'écarter la reconnaissance comme entachée de nullité, et de maintenir la disposition dans son intégrité, comme faite en faveur d'une personne dont l'incapacité ne se trouve pas légalement justifiée. En vain, essaierait-on de se soustraire à cette conséquence, en invoquant l'art. 1131, et en attaquant la disposition comme étant fondée sur une cause illicite, comme étant dépourvue de cause. En effet, la reconnaissance une fois écartée comme illégale, il n'existe plus, aux yeux de la loi, de preuve de filiation. On ne peut donc présenter la disposition comme fondée sur une cause illicite, pour ce qui excède les aliments dont il est permis de disposer en faveur des enfants adultérins

[1] *Eléments du droit civil*, art. 762.
[2] T. IV, pag. 93, note 7.

ou incestueux. D'un autre côté, on ne peut l'attaquer comme dépourvue de cause, parce qu'une disposition, à titre gratuit, ne requiert d'autre cause que la volonté de gratifier celui au profit duquel elle est faite.

1383. — Ces réponses nous paraissent décisives autant que péremptoires, elles dissipent les voiles dont s'enveloppe le refus d'appliquer la loi. Nous n'hésitons donc pas à conclure que la seule doctrine légale sur la portée réelle des art 335 et 762, est celle à laquelle la Cour de cassation s'est dès longtemps arrêtée, à savoir : que la prohibition consacrée par le premier est d'ordre public, qu'en conséquence, toute reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est frappée d'une nullité radicale et absolue ; qu'elle est censée n'avoir jamais existé, et ne peut dès lors créer un droit quelconque pour ou contre l'enfant.

Que l'art. 762 n'est applicable qu'aux enfants adultérins ou incestueux, reconnus tels par le résultat d'une poursuite ou d'un jugement n'ayant pas eu pour objet la recherche de l'adultère ou de l'inceste sévèrement interdite par l'art. 342.

Doit-on considérer comme adultérin l'enfant que son acte de naissance indique comme né d'une femme mariée et d'un individu autre que le mari?

L'affirmative semble repoussée par l'art. 312. L'enfant conçu pendant mariage a pour père le mari, et cette présomption ne le cède qu'au désaveu que celui-ci peut réaliser et poursuivre dans les formes et aux conditions tracées par la loi.

Donc, dès que la maternité de la femme mariée est certaine, et que la date de la naissance place la concep-

tion depuis et pendant le mariage, la paternité du mari est acquise sauf l'action en désaveu qui peut seule établir le contraire.

L'intérêt de l'enfant l'exigeait ainsi, il n'était pas possible de faire dépendre sa légitimité de l'erreur du déclarant sur le nom du père, ou de la fraude qui aurait présidé à la fausse indication.

C'est ce que la Cour de Paris jugeait très juridiquement dans l'espèce suivante :

L... est né à Nice le 14 octobre 1829; son acte de naissance le déclare fils de la dame R..., femme légitime du sieur D..., tandis qu'en réalité elle était épouse du sieur Henry G... ; il avait été élevé loin des époux G... et sous le nom de J....

Le 6 mars 1862 il demande contre les époux G... la rectification de son acte de naissance, c'est-à-dire le rétablissement du nom du véritable mari de la dame R..., sa mère.

La maternité de celle-ci n'est pas contestée, mais le sieur G... soutenant que la demande constitue une réclamation d'état dans les termes de l'art. 323 du Code Napoléon, il est, aux termes de l'art. 325, recevable à établir par tous les genres de preuve qu'il n'est pas le père du réclamant.

Celui-ci répond qu'en droit, les art. 323 et suivants ne sont applicables que lorsque à défaut d'indication dans l'acte de naissance l'enfant établit le fait de la maternité par témoins ou par présomptions; qu'en conséquence lorsque l'acte de naissance indique pour mère une femme mariée, la présomption de l'art. 312 reprend son empire, et ne peut être détruite que par le désaveu;

Que dans tous les cas et en fait, les circonstances de la cause n'établissant pas même une impossibilité morale de paternité, rien ne vient contredire et par conséquent affaiblir l'effet de la présomption légale qui ne pourrait être écartée que par la certitude de cette impossibilité.

Ce système, repoussé en première instance, est accueilli par la Cour de Paris qui le consacre par arrêt du 11 janvier 1865.

La Cour déclare d'abord que les art. 325 et suivants ne peuvent être ni invoqués ni appliqués dans l'espèce; que le mari n'avait que l'action en désaveu qui n'a jamais été réalisée et ne pouvait d'ailleurs pas l'être.

Elle ajoute : « Considérant d'autre part et en fait, qu'au moment où se place la conception de l'enfant, né le 14 octobre 1829, les époux G... vivaient ensemble, sans qu'il soit apporté aucune preuve de mésintelligence existante entre eux; que la femme G... n'a quitté le domicile conjugal que vers le huitième mois de sa grossesse; que dans une telle situation rien ne démontre l'impossibilité de rapprochement entre les époux; que si les faits d'adultère et l'éclat dont ils ont été entourés ont conduit G... à repousser de sa famille un enfant né dans ces circonstances; que si la femme G... et son complice ont eux-mêmes regardé cet enfant comme né de leurs relations, ces sentiments, qui s'expliquent par diverses passions, ne peuvent servir de règle à la justice qui n'écarte la présomption légale que lorsqu'une véritable impossibilité morale se présente pour la combattre; que cette impossibilité ne peut être admise quand les époux vivent sous le même toit, et sans dissentiments apparents; qu'ainsi lors même qu'on placerait la cause sous l'empire des art. 323 et suivants, G... ne ferait pas la preuve exi-

gée par l'art 325, et que dès lors ses conclusions doivent être rejetées sans qu'il soit besoin de recourir à la preuve offerte par l'appelant. »

Les époux G... s'étant pourvus en cassation, échouèrent devant la Cour suprême, mais l'arrêt de celle-ci, du 13 juin 1865, ne tranche pas la question d'applicabilité ou de non applicabilité des art. 323 et suivants, il s'appuie uniquement sur les constatations de faits relevées par la Cour de Paris, qui avait un pouvoir souverain à ce sujet, dont l'exercice est légal et inattaquable [1].

Cependant cette question de droit offre un intérêt incontestable, et il nous paraît difficile de la résoudre autrement que ne l'a fait la Cour de Paris.

En effet, l'art. 325 n'admet que la preuve contraire à celle que l'art. 323 autorise l'enfant à faire. Or, la faculté pour l'enfant de prouver n'existe que dans les cas formellement prévus, c'est-à-dire lorsqu'il n'a ni acte de naissance ni possession d'état, ou qu'il a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus.

Or, aucune de ces conditions n'existe lorsque l'acte de naissance donne pour mère une femme mariée. Alors en effet le titre se suffit à lui-même, le nom du père est inutile et son omission indifférente. La loi l'a elle-même donné dans l'art. 312 ; et sa désignation est obligatoire et ne le cède qu'au désaveu.

Pourrait-on dès lors attacher à la fausse indication un effet qu'on refuserait à l'omission ? Mais la première ne saurait lier l'enfant, car elle peut n'être qu'une fraude

[1] *Moniteur des tribunaux*, du 13 juillet 1865.

contre lui, ou que le résultat de l'erreur du déclarant. Donc lorsque l'enfant en demande la correction, il agit non en réclamation d'état, car cet état son acte de naissance combiné avec l'art. 312 le lui donne, mais en rectification de son acte de naissance. On ne saurait dès lors placer son action sous l'empire de l'art. 325.

Vainement dirait-on qu'on impose ainsi au mari une paternité qu'il n'a pu discuter. Les art. 312 et 316 repoussent péremptoirement cette objection. En effet à quelque époque que se réalise l'action de l'enfant, il pourra le désavouer si la naissance lui a été cachée, et il aura deux mois depuis la découverte de la fraude pour réaliser ce désaveu.

A quel titre se plaindrait-il si connaissant la naissance il a gardé le silence? Or comment prétendra-t-il qu'il n'a pas eu cette connaissance, s'il a su la grossesse de sa femme? Est-ce que la naissance n'en était pas la conséquence forcée, et n'était-il pas dès lors en mesure et en demeure de la connaître. En cet état n'est-il pas rationnel et juste de dire avec la Cour de Paris et la Cour de cassation que le silence du mari malgré la certitude de la grossesse de sa femme est un aveu implicite de la paternité qui s'oppose non seulement au désaveu, mais encore à la faculté concédée par l'art. 325.

Nous ajoutons qu'en revendiquant celle-ci, et qu'en s'abstenant de l'action en désaveu le mari reconnaît par cela même qu'il n'est pas recevable à intenter celle-ci, c'est-à-dire qu'il n'a pas été à l'époque de la conception dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, et que même dans le cas d'adultère la naissance de l'enfant ne lui a pas été cachée. Il ne saurait donc être admis désormais à contester une paternité qu'il a tacitement acceptée.

Nous croyons donc qu'en droit, lorsqu'un enfant a été inscrit sur les registres de l'état civil comme né d'une femme mariée, et d'un tiers indiqué faussement comme étant le mari de la mère, cet enfant a, en sa faveur, la présomption de légitimité établie par l'art. 312 contre le véritable mari de la femme, et que cette présomption ne peut être détruite que par la consécration du désaveu; qu'en conséquence, si celui-ci n'a pas été exercé ou ne peut plus l'être, la légitimité de l'enfant lui est irrévocablement acquise, si la maternité de la femme est acquise et non contestée.

1384. — Dans les cas où, sans l'avoir recherchée, on arrive à constater une filiation adultérine ou incestueuse, le père est absolument incapable de donner, et le fils de recevoir au delà des aliments dont l'art. 763 règle les proportions. Conséquemment, toute donation à l'effet d'éluder, sur ce point, l'intention formelle du législateur, serait de plein droit réductible.

Il importerait peu que cette donation se fût déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. La simulation ne peut jamais servir à triompher d'une prohibition d'ordre public. Elle est nulle comme le serait l'acte qu'elle a pour but de masquer, s'il avait été fait directement. Cette nullité pourrait être prouvée par témoins, même par la partie ayant coopéré à la simulation.

1385. — La loi s'est montrée moins sévère pour les enfants naturels simples. L'état de liberté du père et de la mère atténue leur faute aux yeux même de la morale, et la loi permet d'en effacer toutes les conséquences en autorisant la legitimation par mariage subséquent.

Cette légitimation, la loi l'appelle de tous ses vœux, mais prévoyant le cas où elle ne se réaliserait pas, le législateur a dû s'occuper de fixer le sort des enfants naturels.

Le respect dû au mariage, l'importance de la famille qui en naît, ne permettait pas d'assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes. Les fruits d'une union consacrée par la loi et par la religion, devaient être largement préférés. Voici comment le législateur y a pourvu.

1386. — L'art. 334 permet aux parents de reconnaître l'enfant naturel. Cette reconnaissance purement facultative peut se réaliser alors même que son auteur est engagé dans les liens du mariage avec un autre que le père ou la mère de l'enfant. Il suffit qu'à l'époque de la naissance ou de la conception de l'enfant ainsi reconnu, il fut libre de pareils engagements.

Cette reconnaissance faite au moment de la naissance de l'enfant, peut résulter de l'acte civil qui la constate, à défaut, elle peut être faite par tout autre acte, pourvu que l'acte ait été reçu en la forme authentique. Remarquons, en effet, qu'en présence des termes exprès de l'art. 334, la reconnaissance sous seing privé, quelque certaine qu'en fût la date, ne saurait produire le moindre effet [1].

1387. — Nous venons de dire que l'époux peut, pen-

[1] Elle ne devient point efficace par la vérification en justice de la signature de celui qui en est l'auteur. — Delvincourt, I, p. 237; Proudhon et Valette, II, p. 172; Duranton, III, 266; Merlin, *Rép.* v° filiation, § 9; Demolombe, V, 420; Aubry et Rau, VI, § 568 *ter*, p. 174; Laurent, IV, 49.

dant le mariage, reconnaître un enfant naturel qu'il aurait eu, avant le mariage, d'un autre que de son conjoint. Cette faculté la femme peut l'exercer sans avoir besoin de l'autorisation de son mari.

1388. — Quelque grave que soit un acte de cette nature, quelque compromettantes qu'en puissent être les conséquences, la loi a été amenée à en suspecter la sincérité. Elle s'est donc préoccupée du cas où la reconnaissance ne serait due qu'à une idée de vengeance et de haine contre l'autre époux ou contre les enfants nés du mariage, l'art. 337 répond à cette prévision. Il décide que la reconnaissance, que fait l'un des époux pendant le mariage, ne saurait nuire ni à l'époux, ni à l'enfant; ainsi l'enfant naturel, qui en a été l'objet, ne pourra rien prétendre sur la succession de l'époux même dont elle émane. La question de savoir s'il peut au moins demander des aliments est même diversement résolue [1]. M. Loiseau enseigne que le père devrait ces aliments même sur les biens de la communauté, parce que, chef de cette communauté jusqu'à la dissolution du mariage, il a le droit d'en aliéner ou d'hypothéquer les biens, mais il refuse à l'enfant le droit d'en obtenir après la mort de son père, parce qu'alors, et contrairement à l'art. 337, la reconnaissance nuirait aux enfants légitimes, s'ils pouvaient être contraints à satisfaire aux aliments [2].

[1] Cass., 27 août 1811; — Toulouse, 6 mai 1826. * — *Voy.* Demolombe, v, 472.

[2] *Des enfants naturels*, p. 435.

* — L'enfant reconnu par une femme mariée ne peut poursuivre le paiement des aliments qui lui sont dus, au préjudice du droit d'usufruit qui appartiendrait au mari de sa mère, soit en son propre nom, soit comme chef de la communauté, sur tout ou partie des biens de

1389. — La disposition de l'art. 337, ayant uniquement pour objet de prévenir une fraude, devient inapplicable lorsque, par la manière dont elle s'est produite, la reconnaissance exclut formellement toute idée de fraude. Cette évidence est acquise lorsque la maternité résulte d'un jugement contradictoirement rendu contre l'épouse à la requête du mari, de ses héritiers, de l'enfant lui-même.

En effet, le mari peut désavouer l'enfant pour naissance précoce, ses héritiers peuvent en contester la légitimité, pour cause de naissance tardive; la réussite de l'une ou de l'autre de ses actions confère à l'enfant la qualité d'enfant naturel simple, puisque, dans toutes les deux, l'époque de la conception se place hors du mariage, et la maternité de l'épouse est indubitable. Toute idée de fraude disparaît également, car la filiation imposée à l'enfant est bien loin d'être pour lui un avantage, elle lui

cette dernière. — Demolombe, v, 472; Aubry et Rau, § 568 *quater*, vi, p. 185; Civ. cass., 16 décembre 1861, Sir., 62, i, 120.

L'enfant reconnu dans les circonstances prévues par l'art. 337 est-il, après le décès de l'auteur de la reconnaissance, autorisé à réclamer, contre la succession de celui-ci, l'acquittement de la dette alimentaire dont il était tenu envers lui, sans que l'autre conjoint et les enfants issus du mariage soient admis à invoquer cet article pour repousser sa demande?

Voy. pour l'affirmative, Delvincourt, i, p. 244; Chabot sur l'art. 756, n° 42; Duranton, iii, 252; Aubry et Rau, § 568 *quater*, vi, p. 185; — *Contrà*, Loiseau, p. 435; Demolombe, v, 473.

Selon M. Laurent, l'enfant naturel ne peut réclamer des aliments au préjudice des enfants légitimes et du conjoint. S'il le pouvait, dit-il, il leur nuirait évidemment; or, aux termes de la loi, la reconnaissance ne peut pas leur nuire (iv, 133). M. Laurent reconnaît que son interprétation est très rigoureuse et qu'elle n'est admise par personne.

enlève les droits de la légitimité et le réduit à la qualité d'enfant naturel.

D'autre part, la recherche de la maternité étant admise l'enfant peut, dans les formes et conditions voulues par la loi, faire constater celle qu'il impute à une femme mariée depuis. Il est évident, dans cette hypothèse, que l'existence du mariage ne peut être un obstacle à ce qu'il jouisse des droits que le gain de son procès lui confère.

En conséquence, dans l'un comme dans l'autre cas, l'art. 337 reste sans application. Cet article ne prévoit que la reconnaissance purement volontaire, et non celle qui résulterait de la force des choses, et comme conséquence d'un jugement contradictoirement obtenu [1].

1390. — La reconnaissance régulièrement faite est irrévocable, son bénéfice est désormais assuré, mais elle pourrait être annulée s'il était prétendu et prouvé qu'elle a été le fruit de la violence, de la fraude ou du dol. Il importe, en effet, qu'un acte aussi important soit le fruit d'une volonté spontanée et libre. Les principes généraux, en matière de contrats, lui sont incontestablement applicables. Conséquemment les vices du consentement, annulant ceux-ci, feraient rétracter la reconnaissance [2].

Que l'auteur d'une reconnaissance dolosive ou frauduleuse soit recevable et fondé à l'attaquer et à la faire annuler, c'est ce dont il n'est pas permis de douter. Tout ce qu'on exigera de lui en pareil cas, ce sera la preuve des manœuvres qui ont égaré et perverti son consentement.

[1] Toullier, t. II, n° 985; — Duranton, t. III, n° 255; — Rouen, 29 mai 1829 et 20 mai 1809; — Rennes, 22 mars 1810; — Cass., 24 novembre 1830.

[2] Paris, 14 décembre 1833.

Doit-on décider de même pour celui qui entraîné par une passion effrénée n'aurait consenti à reconnaître l'enfant que pour posséder la mère et satisfaire ainsi sa passion?

La solution ne saurait être douteuse si cette passion excitée par une séduction habile n'était en définitive que le résultat des manœuvres plus ou moins adroites qui devaient infailliblement faire tomber celui qui en était l'objet dans le piège qui lui était tendu.

Mais alors même qu'aucune séduction n'aurait provoqué et entretenu la passion qui a seule déterminé la reconnaissance. La nullité de celle-ci devrait à notre avis être la conséquence de sa fausseté.

Nous reconnaissons que dans ce cas l'auteur de la reconnaissance ne pourrait alléguer l'erreur qui l'aurait amené à reconnaître pour son enfant une personne qui ne l'était pas. Il savait très bien, en effet, au moment où il agissait, que cette personne ne lui était rien, et c'était bien sciemment qu'il proclamait une paternité évidemment mensongère. L'erreur aurait donc été volontaire, et ne pourrait invoquer le bénéfice des prescriptions qui protègent l'erreur involontaire.

Mais ce qui serait admissible pour un contrat ordinaire ne saurait l'être lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'un enfant. Il n'est en effet aucune matière qui intéresse plus directement l'ordre public. Le mensonge que cette reconnaissance consacrerait aurait pour résultat de troubler l'ordre des familles, d'altérer le principe des successions, de substituer aux droits qui procèdent de la nature et de la loi, l'usurpation et le scandale. De telle sorte que la reconnaissance au lieu d'être une légitime et juste réparation, ne serait plus qu'un manteau sous lequel viendraient s'abriter le mensonge et la ruse.

C'est là évidemment un scandale et un abus que le législateur ne pouvait ni autoriser ni permettre. Donc celui qui, obéissant à un sentiment quelconque, tente de le réaliser, se met en rebellion ouverte contre sa volonté, s'insurge contre un principe d'ordre public et d'intérêt général, et à ce double titre ne se lie par aucun lien qu'on puisse plus tard invoquer contre lui.

Ce caractère de la reconnaissance erronée ou mensongère est tellement évident et ses conséquences tellement certaines que nous ne comprenons pas que des jurisconsultes éminents tels que MM. Demolombe, Demante, Massé et Vergé aient pu les méconnaître, et refuser à l'auteur de cette reconnaissance le droit de la faire annuler.

La Cour de Paris s'est prononcée dans ce sens le 22 janvier 1855, mais dans l'espèce on n'articulait ni dol, ni fraude, ni violence d'aucun genre. Tout se résumait dans l'allégation du demandeur qu'il n'était pas le père de l'enfant, ce qu'il offrait de prouver. Or l'arrêt déclare que les faits articulés, lors même qu'ils seraient prouvés, n'établiraient pas le défaut de paternité [1].

Cette appréciation de fait enlève à l'arrêt tout mérite doctrinal. Il ne saurait donc contrebalancer l'autorité d'autres décisions qui, avant et après lui, ont consacré l'opinion contraire. Ces décisions sont un arrêt de la Cour d'Aix du 22 décembre 1852, rendu sur une espèce fort remarquable ; un arrêt de Paris du 23 juillet 1853, enfin un arrêt de Lyon du 13 mars 1856 [2].

Ce dernier arrêt se fonde sur les trois moyens que fai-

[1] *J. du P.*, t. I, 1855, pag. 28.

[2] *J. du P.*, tom. II, 1853, pag. 481 et 437 ; — 1857, p. 345.

sait valoir contre la reconnaissance celui-là même de qui elle émanait : à savoir le mensonge de la reconnaissance, l'immoralité de sa cause, le dol et la fraude. Voici sur le premier moyen, et indépendamment des deux autres, les motifs de l'arrêt :

« Attendu que la paternité et les devoirs qui en résultent doivent être le fondement unique la seule cause de la reconnaissance d'un enfant naturel ; qu'autrement la tolérance de la loi ne serait plus qu'une source de trouble pour les familles, et de scandale pour la société ; que cette vérité ressort clairement des termes et de la combinaison des art. 334 et suivants du Code Napoléon.

« Attendu d'ailleurs que l'état des personnes si intimément lié à l'ordre public ne saurait être livré à des caprices passagers, moins encore à de honteux trafics ;... que le mensonge d'une reconnaissance d'enfant naturel est toujours une fraude à la loi, une atteinte à l'ordre social. »

Nous croyons à la justesse juridique de ces considérations, dès lors à l'impossibilité de considérer la part prise à la fraude par l'auteur de la reconnaissance, comme une fin de non-recevoir contre sa demande ultérieure en nullité.

Au reste et quelle que soit l'opinion qu'on se forme à ce sujet, la fin de non-recevoir serait dans tous les cas purement personnelle, et ne pourrait être opposée à aucun autre membre de la famille.

Le droit de celle-ci est écrit dans l'art. 339 disposant que la reconnaissance pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Or la famille tout entière est dans cette position. Son intérêt à veiller à ce qu'aucun étranger ne vienne s'introduire dans son sein et en usurpe les droits, à veiller à ce qu'on ne puisse prendre le nom

qui lui appartient, ne saurait être ni méconnu ni contesté.

Aussi remarquons-nous que l'art. 339 n'exige plus comme le font les art. 187 et 191 que l'intérêt soit *né* et *actuel*. C'est qu'en effet, en matière de reconnaissance d'enfants, il y a outre un intérêt pécuniaire plus ou moins prochain, un intérêt moral qui subsiste à toute époque, et qui se trouve plus ou moins compromis par la tentative d'introduire dans la famille une personne qui n'a pas le droit d'en faire partie.

Cela est surtout vrai pour le chef de la famille, pour le père, la mère. L'ascendant de celui qui a reconnu l'enfant et qui, comme le disait la Cour de Lyon dans un arrêt du 13 mars 1856, a droit et qualité : 1° pour l'honneur de son nom que pourrait porter l'enfant reconnu ; 2° à raison de la transmission éventuelle à cet enfant d'une partie de sa fortune ; 3° en vue de l'obligation de fournir à son fils des aliments qui s'augmenteraient dans la proportion des besoins de celui-ci [1].

Ce principe sur lequel il n'existe aucune controverse dans la doctrine a été de nouveau consacré par la Cour de Lyon le 22 mai 1862, et par la Cour de Paris le 19 juillet 1864 [2].

Dans cette dernière espèce, l'auteur de la reconnaissance était intervenu dans l'instance en nullité introduite par son père, et déclarait s'en rapporter à la justice. Mais son intervention avait été contestée sous prétexte qu'il n'était pas recevable à revenir contre son propre fait.

Le tribunal de Paris avait carrément repoussé cette fin de non-recevoir. Il déclarait que l'intérêt auquel

[1] *J. du P.*, 1857, p. 345.
[2] *J. du P.*, 1862, p. 836 ; — 1865, p. 108.

l'article 339 subordonnait l'action pouvait se rencontrer chez la partie qui a concouru à l'acte, et spécialement chez celle qui y est désignée comme faisant la reconnaissance : qu'en effet on ne peut méconnaître l'intérêt de l'homme entraîné par une force morale irrésistible, ou par une erreur facile dans le paroxysme de la passion, à revenir contre des constatations destinées à monumenter la vérité, et qui ne consacrent que le mensonge.

La Cour est moins précise ; elle se contente de déclarer que l'auteur de la reconnaissance était, comme la mère de l'enfant, partie nécessaire dans l'instance ; qu'il était d'autant plus recevable à y intervenir qu'il aurait dû y être appelé.

Lorsque la reconnaissance est attaquée non par son auteur mais par son père, celui-ci n'a rien à prouver si ce n'est le caractère mensonger de cette reconnaissance. Exiger de lui qu'il articulât les faits de dol et qu'il en fournît la preuve, serait le mettre dans l'impossibilité de réussir s'il avait à agir contre son fils, et rendre celui-ci l'arbitre suprême de l'instance.

Or ce caractère résultera nécessairement de l'impossibilité de cohabiter dans laquelle le prétendu père se serait trouvé au moment de la conception; on arriverait au même résultat en établissant que l'auteur de la reconnaissance n'a connu la mère que beaucoup plus tard.

Au reste, comme toutes les questions de fait, celle-ci est laissée à l'appréciation du juge. Il ne faut pas donner effet, à une reconnaissance mensongère, mais il ne faudrait pas non plus en annuler une réelle et sérieuse. Les magistrats ne doivent donc rien négliger de ce qui est dans le cas d'éclairer leur religion et de rassurer leur conscience.

1391. — Mais l'enfant n'est pas forcé de subir la reconnaissance dont il est l'objet, il lui appartient de la contester et de la faire repousser. Il peut, en effet, avoir un intérêt sérieux à ne pas avoir pour père l'auteur de cette reconnaissance, et c'est dans ce sens que le droit romain exigeait son consentement pour la validité de la reconnaissance : *Inviti filii naturales non rediguntur in patriam potestatem*[1].

1392. — En droit français, la nécessité de ce consentement a été appuyée sur le motif qu'en matière de reconnaissance, la plus exacte réciprocité devait régner entre le père et le fils. Le premier ne pouvant jamais être contraint à reconnaître, on ne devait pas forcer le second à être reconnu, avec d'autant plus de raison que cette reconnaissance tardive peut n'être que l'effet d'un calcul difficile à déjouer.

Cependant cette solution répugne à notre législation.

La reconnaissance peut avoir lieu dans l'acte de naissance même. Comment, dans ce cas, se préoccuper du consentement de l'enfant ? Comment exiger de lui un refus ou une opposition ? Renvoyer cette reconnaissance jusqu'à l'époque où il sera capable de l'un ou de l'autre, c'était, dans bien des cas, nuire gravement à l'enfant, et lui enlever le bénéfice de la naturalité par le prédécès de ses père et mère. Cependant cette mesure devenait indispensable si on avait admis la nécessité de son consentement. En conséquence, la faculté de reconnaître dans l'acte de naissance, indique que le Code n'a pas voulu se conformer à la législation romaine.

[1] L. 12, Dig. *De his qui sui vel alieni juris sunt.*

La réciprocité en faisant la base, quelque équitable qu'elle paraisse, n'était pas possible en fait, car la position des parties est fort loin d'être égale. Il n'y a de certitude possible sur le fait de la paternité que par l'aveu qu'en fait son auteur. Jusqu'à cet aveu on peut se livrer à telles ou telles conjectures, mais arriver à la vérité sincère et réelle est à peu près impossible. Donc, la déclaration du père est indispensable. Telle n'est pas, à beaucoup près, la position du fils, le fait qu'il s'agit de rechercher a nécessairement précédé sa naissance. Sur quelles données s'appuiera-t-il donc pour l'établir ou le contester ? Cette inégalité forcée dans les moyens devait en amener une dans le pouvoir de constater le fait, c'est ce qui a fait admettre d'une part la reconnaissance du père dès qu'elle se manifeste; repousser de l'autre toute recherche et conséquemment toute action du fils en déclaration de la paternité. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant ne pouvait être que l'écho de sa mère, et l'on en revenait à cette règle odieuse et injuste : *Creditur virgini paternitatem afferenti.*

Mais, est-ce à dire par là que l'enfant est condamné à se courber sous une reconnaissance pouvant n'être que l'effet d'un calcul et non l'expression de la vérité ? Non, évidemment, l'art. 339 laisse la faculté de contester la reconnaissance à toutes les parties intéressées, et de plein droit l'enfant se place à la tête de celles-ci. Il est donc recevable à la discuter et à justifier que sa déclaration est une fausseté devant disparaître[1]. Il le serait

[1] Rouen, 15 mars 1829; — Nîmes, 2 mai 1837 : — *Journal du Palais*, tom. II, 1837, p. 285; — Toullier, tom. II, n° 260.

* — La reconnaissance peut même avoir lieu contre le gré de l'enfant; mais il a le droit de l'attaquer pour vice de forme ou de fond. V. Prou-

surtout si, déjà en possession de la qualité d'enfant naturel simple, la reconnaissance du père devait avoir pour effet de lui imprimer le caractère d'enfant adultérin ou incestueux. Dans ce cas, la reconnaissance serait nulle de plein droit.

1393. — Mais une difficulté sérieuse, que fait surgir l'application de cette règle, est celle de savoir si la charge de prouver la fausseté de la déclaration incombe à l'enfant. Toullier se prononce pour l'affirmative. Puisque, dit-il, la reconnaissance n'exige ni le concours, ni le consentement de l'enfant, la contestation qui en est faite est une demande principale, ordinaire, que son auteur est tenu de justifier. On ne peut faire fléchir ce principe en faveur de l'enfant.

La Cour de Rouen, saisie de la question, ne l'a pas résolue. Un arrêt, qu'elle a rendu le 15 mars 1826, décide seulement qu'en cas de contestation, l'acte de reconnaissance n'établit, sur la paternité, qu'une présomption qui peut être détruite par d'autres présomptions de même nature. En ce cas, la preuve de la paternité, ou de la non paternité ne doit pas être mise à la charge exclusive de l'une ou de l'autre des parties, les juges doivent se déterminer d'après les circonstances de la cause.

1394. — Mais la Cour de Montpellier a formellement abordé la question, et l'a nettement tranchée à l'aide de la distinction suivante : Lorsque la reconnaissance de l'enfant est contenue dans l'acte de naissance, ses effets

dhon, II, p. 181 et suiv.; Toullier, II, 965 ; Duranton, III, 260 ; Demolombe, V. 412 ; Aubry et Rau, VI, 5568, p. 162.

ne peuvent être détruits que par la preuve de sa fausseté, et cette preuve incombe à l'enfant ; il en est autrement lorsque la reconnaissance est postérieure à l'acte de naissance. Dans ce cas, cette reconnaissance, si elle est contestée, doit être appuyée de preuves venant attester la sincérité du fait qu'elle contient [1].

1395. — Cette distinction nous paraît juridique et sage. Elle se conforme à l'esprit général de notre législation, en matière de fraude. En effet, nous l'avons fait remarquer déjà, plus la fraude acquiert de facilités, plus elle est possible, et plus la méfiance de la loi et sa sollicitude augmentent. Or, la reconnaissance sera contestée comme n'étant que l'effet d'un calcul odieux, d'un intérêt sordide. Mais, de pareils reproches se conçoivent peu, lorsque cette reconnaissance se trouve dans l'acte de naissance. L'avenir incertain de l'enfant, l'impossibilité de savoir si la reconnaissance sera un bénéfice et non une charge, lui imprime un caractère de véracité tel, qu'elle ne le perdra que par la preuve contraire, que l'enfant est admissible à fournir.

Mais il n'en est plus de même lorsque la reconnaissance s'éloigne du moment de la naissance. On doit se montrer d'autant plus difficile à l'admettre, que la position de l'enfant sera plus ou moins fixée, qu'il sera plus facile de prévoir son avenir. Alors les reproches de calcul et de spéculation deviennent plus ou moins vraisemblables et une juste méfiance doit remplacer la faveur que mérite la première hypothèse. Alors aussi, le père prétendu a à justifier son long silence, son chan-

[1] 11 avril 1826.

gement de conduite, à apporter, enfin, à l'appui de sa déclaration, des faits la corroborant et de nature à en appuyer la véracité. Nous le répétons donc, la solution de la Cour de Montpellier est frappée au coin de la légalité et de la raison.

1396. — La reconnaissance définitivement acquise a pour effet de soumettre, dans les limites tracées par la loi, la personne et les biens de l'enfant à la puissance paternelle. Elle oblige le père ou la mère à fournir des aliments, même après la majorité de l'enfant, s'il est dans le besoin; enfin, elle donne à ce dernier le droit de se présenter à la succession et d'y recueillir la quote-part qui lui est formellement réservée.

Il suit de la détermination que la loi a faite de cette réserve, que l'enfant naturel ne peut rien recevoir au delà. C'est ce que, d'ailleurs, le législateur a cru devoir rappeler expressément dans l'art. 908. C'est là une véritable incapacité que le désir de multiplier les mariages, en en favorisant les fruits légitimes, a dû faire consacrer.

1397. — Les effets de cette incapacité ne sont pas la nullité absolue des dispositions faites en faveur de l'enfant naturel. Ils se bornent à la réduction jusqu'à due concurrence de la réserve à laquelle il a droit de prétendre.

1398. — Cet effet, quoique restreint, suffira quelquefois pour inspirer la pensée de recourir à une simulation pour en éluder l'application, mais rappelons-nous qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce que la

loi prohibe d'accomplir directement. Ainsi, la libéralité, déguisée sous la forme d'un contrat, à titre onéreux, n'échappera pas à la réduction, à la nullité complète si, indépendamment et en dehors de cet acte, l'enfant naturel est couvert de sa réserve.

1399. — L'une et l'autre pourront incontestablement être poursuivies par les héritiers. Mais le père pourrait-il, de son chef, demander la rétractation de l'acte simulé ?

La négative nous paraît devoir être admise, non pas toutefois au point de vue de la complicité de la fraude, et par application de la maxime *Nemo auditur*, etc. En effet, la fraude, dans cette circonstance, aurait pour effet de violer une loi d'ordre public, ce qui, comme nous l'avons dit, autorise la partie à en faire prononcer la nullité, après en avoir établi l'existence par la preuve testimoniale.

Mais ce qui rend la demande du père irrecevable, c'est, d'une part, que, pendant la vie, il est maître absolu de ses biens ; qu'il peut en disposer ainsi qu'il l'entend, sans que ses héritiers, même légitimes et directs, aient à s'immiscer dans le mode d'administration qu'il lui plaît choisir, ni à redire contre les actes qu'il souscrit. Pouvant donc donner tout à un étranger, il peut également le donner à l'enfant naturel, sauf le droit de ses héritiers dans l'un et l'autre cas. Dès lors le père, n'étant pas incapable de disposer directement, a sans contredit valablement pu le faire par la voie indirecte.

D'autre part, l'enfant naturel n'est atteint d'aucune incapacité relativement aux biens de son père, tant que celui-ci existe. Jusqu'au décès, il possède ces biens en

vertu d'une délégation régulière que le père pouvait ne pas consentir, mais qui, l'ayant été, devient obligatoire pour lui comme pour tous, à un titre incontestable.

Comment, en effet, du vivant du père, établir que la libéralité excède ou non la réserve de l'enfant naturel, et dans quelles proportions? Mais cette réserve ne sera déterminée qu'au décès et par la qualité des héritiers appelés à recueillir la succession. Les héritiers présomptifs, au moment de la simulation et de la libéralité, pourront prédécéder de telle sorte, que par l'absence de tous représentants au degré voulu, l'enfant naturel verra sa réserve se composer de l'intégralité de l'hérédité. Comment donc comprendre, en l'état de cette incertitude, que quelqu'un pût demander la réduction d'une libéralité que l'événement peut rendre inattaquable ?

Ainsi la question de savoir s'il y a lieu ou non à réduction, et sur quelles bases il faut l'opérer, est nécessairement subordonnée au décès du père naturel et à la qualité des héritiers existant à cette époque. Aussi la loi ne déclare l'enfant naturel incapable qu'au respect de cette succession. Tout ce qui est fait avant est régulier et valable. Le père ne pourrait donc, sous aucun prétexte s'en faire relever.

1400. — Le légataire universel du père pourrait-il, après la mort de celui-ci, faire réduire les libéralités directes ou indirectes faites au fils naturel? Non, dit Loiseau [1], attendu que le défunt a pu imposer à la libéralité telle condition qu'il a trouvée convenable; que la première obligation des légataires est de respecter la vo-

[1] *Des enfants naturels*, n° 674.

lonté du défunt ; qu'en attaquant le legs destiné à l'enfant naturel, en en demandant la réduction, ils outragent la mémoire de leur bienfaiteur ; qu'une disposition de dernière volonté est une et indivisible ; qu'il faut la suivre ou la rejeter tout entière ; que le légataire universel ne peut donc se dispenser d'acquitter la charge et les legs dont il est grevé, s'il veut lui-même recueillir le montant de son institution.

Ces raisons sont loin de nous paraître concluantes. L'obligation, pour le légataire ou l'héritier institué, de respecter la volonté du testateur, est une obligation purement morale, ne créant un lien civil obligatoire que lorsque cette volonté est elle-même conforme à la loi. D'autre part, l'indivisibilité du testament est une fiction inadmissible ; il y a autant de testaments distincts qu'il existe de dispositions différentes, et la validité ou la nullité de l'une d'elles ne saurait ni profiter, ni nuire aux autres.

Nous sommes, cependant, de l'avis de M. Loiseau, parce qu'avec lui nous dirons que la prohibition de l'article 908 n'est pas absolue ; qu'elle n'existe qu'en faveur des héritiers du sang, parce qu'eux seuls ont à souffrir de la disposition excessive du testateur ; qu'elle leur enlève la succession du père naturel, qui leur était légalement promise, tandis que la loi ne promettait rien au légataire, tenant tout de la volonté unique du défunt. En d'autres termes, les légataires ne succèdent qu'aux droits et actions qui se trouvent dans la succession. Or, celle en réduction des avantages faits à l'enfant naturel, n'a jamais appartenu au père. Elle ne peut donc se trouver dans la succession. D'ailleurs, si les héritiers, légitimes renoncent, la portion de l'enfant naturel augmente

à chaque degré ; même, à défaut absolu d'héritiers légitimes, la disponibilité du père est de l'intégralité de la succession. Sous tous ces rapports, les légataires universels ou autres n'ont aucune réduction à rechercher, ni aucune demande en nullité à former, quand l'héritier du sang garde le silence [1].

1401. — Il n'en serait pas de même pour les incapables dont parle l'art. 909. Le fondement de la nullité est tout autre. Le père naturel cherche à éluder la loi par un sentiment d'affection que la loi condamne, non en ce qui le concerne lui-même, mais seulement à l'endroit de ses héritiers légitimes. La libéralité faite aux incapables de l'art. 909, est censée le produit d'une influence dolosive, et, si cet article prévoit la mort de son auteur, c'est moins pour priver celui-ci du pouvoir de réclamer que pour préciser la condition de l'existence de la présomption de fraude qu'elle autorise.

Ainsi, la libéralité dolosive est, par rapport à son auteur, ce qu'elle est à l'égard de ses héritiers. Revenu à la santé, le premier pourra, comme ses héritiers le feraient, s'il venait à mourir, en poursuivre la nullité.

[1] La question de savoir si l'action en réduction fondée sur l'art. 908 C. civ. compète au légataire universel est fort controversée dans la doctrine. Pour l'affirmative, *voy.* Troplong, II, 604 ; Demolombe, XIV, 83, XVIII, 688 et 689. — *Contrà*, Loiseau, p. 671 et 755 ; Levasseur, n° 67 ; Saintespès Lescot, I, 237.

MM. Aubry et Rau, qui avaient enseigné la négative, ont abandonné cette opinion, pour se rallier à celle qui décide que le légataire universel a qualité pour exercer cette action (VII, § 650 *bis*, p. 54, note 23, 4e édit.). C'est aussi l'opinion qui a été consacrée par la Cour de cassation (Civ. cass., 7 févr. 1865, Sir., 65. 1. 105). La Cour déclare, dans cet arrêt, que la disposition de l'art. 908 étant d'ordre public peut être invoquée par toute partie y ayant droit.

Nous n'avons pas à nous occuper du cas où la libéralité a été consentie sous la forme testamentaire. La faculté de refaire le testament est exclusive de toute obligation de s'adresser à la justice.

Mais s'il s'agit d'une donation entre-vifs, directe ou déguisée, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, rien ne pourrait l'empêcher d'en poursuivre la nullité, et il lui suffirait, pour l'obtenir, de prouver que le prétendu contrat onéreux n'est qu'une libéralité ; que cette libéralité a été faite pendant la maladie, et, comme telle, légagalement présumée dolosive et frauduleuse.

L'auteur de la libéralité ; pouvant en poursuivre la nullité, l'action existe dans sa succession et peut être exercée par tous légataires ou héritiers, comme par les héritiers du sang.

FIN DU TOME III

TABLE

DU TOME TROISIÈME

De la Fraude.

CHAPITRE II. SECTION III. — Fraudes dans la vente et l'échange. 1
SECTION IV. — Fraudes dans le louage. 49
SECTION V. — Fraudes dans les sociétés 107
SECTION VI. — Fraudes dans les prêts. 147
SECTION VII. — Fraudes dans le mandat. 253

De la Simulation.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES. 313
CHAPITRE I. — Simulation pure et simple du contrat 315
CHAPITRE II. — Fraude concertée contre la loi. . . 350

Havre. — Imprimerie du Commerce, 3, rue de la Bourse.

JUN JUIN 1 2 2001

Réseau de bibliothèques Université d'Ottawa Échéance	Library Network University of Ottawa Date Due